Haftet der Staat für Versehen der Gerichtsvollzieher?

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD
LUGD.BAT.
BIBL.

Otto Waldschütz

Kammergerichtsreferendar aus Pfullendorf.

Approbiert am 25. Januar 1906.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Referent: Professor Dr. **Binder.**

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549827_0032

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers.

§ 2. 1. Seine Beamtenqualität 1
§ 3. 2. Sein Verhältnis zur Partei 4
§ 4. 3. Seine persönliche Haftung 15

II. Haftung des Staates für Versehen der Gerichtsvollzieher.

§ 5. 1. Allgemeine Vorbemerkung über das Problem der Staatshaftung für Beamte 29
§ 6. 2. Subsumtion der Haftung des Staates für Gerichtsvollzieher unter Art. 77 EG. z. BGB. 33
§ 7. 3. Bedeutung und Tragweite des Vorbehalts im Art. 77 . 35
§ 8. 4. Die einzelstaatliche Regelung auf Grund des Art. 77 in ihrer Bedeutung für unsere Frage 39
§ 9. Schlußbetrachtung 49

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. 1903.

Arndt, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. 5. Aufl. 1904.

Bamberg, Zur Lehre von der Deliktsfähigkeit der juristischen Personen. Greifswalder Dissertation. 1898.

Berendes, Delikt und Haftung der juristischen Personen nach gemeinem Recht. Erlanger Dissertation. 1891.

Boethke in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 45.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 6, 7, 9.

Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung. 1881.

Crome in der Deutschen Juristenzeitung 1904.

Crusen-Müller, Das preußische Ausführungsgesetz zum BGB. 1901.

Delius, Die Haftpflicht der Beamten. 1901.

Delius in der Deutschen Juristenzeitung 1904.

Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. u. 2. Bd. 1902.

Dock im Archiv für öffentliches Recht Bd. 16.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB. Bd. 1. 5. Aufl. 1899.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1900.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 8. Aufl. 1893.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen und preußischen Privatrechts. 5. Aufl. Bd. 2.

Förtsch in der Deutschen Juristenzeitung 1900.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. 4. Aufl. 1899.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895.
v. Grimm im Archiv für Post und Telegraphie 1901.
Hachenburg, Das Bürgerl. Gesetzbuch. Vorträge. 2. Aufl. 1900.
Haffner, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Richters. 1885.
Hagen in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43.
Hahn, Materialien zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 1881.
Hahn in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 31.
Hatschek im Verwaltungsarchiv Bd. 7.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1900; Bd. 2. 1900.
Heilfron, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1900.
Hellmann in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1888.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903.
Hodler, Das preußische Ausführungsgesetz zum BGB. 1900.
Hüffener, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten. Jenaer Diss. 1901.
Jastrow im Archiv für civilistische Praxis Bd. 68.
Juristische Wochenschrift. 1900 u. 1901.
Klewitz, Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen. 1891.
Krückmann, Institutionen des BGB. 3. Aufl. 1901.
v. Krais in den Blättern für administrative Praxis in Bayern 1900.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1899; Bd. 3. 1901.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 3. Aufl. Bd. 1.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. 1898.
v. Liszt, Deliktsobligationen. 1898.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 11. Aufl. 1902.
Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. 1879.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1899.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 2. 1896.
Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 BGB. 1904.
Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 5. Aufl. 1899.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches. Bd. 1 u. 3.
Müller, Die preußische Justizverwaltung. Bd. 1. 5. Aufl. 1901.

Müller-Meikel, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1899.
Nagel, Das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zur Partei. Erlanger Diss. 1897.
Nessel in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 28.
Neumann, Handausgabe des BGB. 4. Aufl. 1905.
Niedner, Kommentar zum Einführungsgesetz z. BGB. 2. Aufl. 1901.
Nöldecke in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Petersen, Zivilprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. 4. Aufl. 1899.
Piloty in Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1888.
Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. 1900; Bd. 6. 1902.
Preuß in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik d. bürgerl. Rechts 1902.
Puchelts Zeitschrift für deutsches bürgerl. Recht und französ. Zivilrecht. Bd. 34.
Rehbein, Das BGB. Bd. 1. 1899; Bd. 2. 1903.
Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen. Bd. 9, 10, 11, 16, 17, 20, 25, 39, 46, 51, 52, 55, 56.
Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung erläutert. 5. Aufl. 1904.
Reiner, Die Schadenersatzpflicht der Beamten und des Staates. Würzburger Diss. 1904.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.
Rothschild, Die Haftung der Justizbeamten und des Staates. Freiburger Diss. 1902.
Rottmann, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. 1900.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.
Schefold im Archiv für civilistische Praxis Bd. 97.
Scherer, Allgemeiner Teil des BGB. 1897.
Scherer, Das Einführungsgesetz zum BGB. 1900.
Scherer, Die fünf ersten Jahre des BGB. 1905.
Schwencke, Die zivilrechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. Göttinger Diss. 1894.
Sohm, Institutionen. 7. Aufl. 1898.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 1. 2. Aufl. 1903; Bd. 6. 1900.
v. Stengel in Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1901.
Sternberg, Allgemeine Rechtslehre. II. Teil: Das System. 1904.
Stranz-Gerhard, Das preußische Ausführungsgesetz zum BGB. 1900.

Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1900.

Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 9. Aufl. 1901.

Voß in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 23.

v. Welck in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 36.

Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung u. Gerichtsverfassungsgesetz. 5. Aufl. 1889.

Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. 1900.

§ 1.

Wenn wir die praktisch ebenso wichtige wie theoretisch interessante Frage, ob der Staat für Versehen der Gerichtsvollzieher[1]) haftet, einer Erörterung unterziehen wollen, so müssen wir uns vor allem in eingehender Weise mit der Person des Gvz. selbst beschäftigen. Dabei bedarf es nicht nur der Darlegung seines Verhältnisses zum Staate, der Feststellung seiner Beamtenqualität überhaupt, sondern in Anbetracht dessen, daß seine amtliche Tätigkeit vornehmlich im „Auftrage" von Privaten erfolgt, ganz besonders der Untersuchung seines Verhältnisses zur Partei, speziell zum Auftraggeber; und endlich erscheint eine Betrachtung der eigenen Haftung des Gvz., wie sie sich aus seiner Stellung zur Partei und zu Dritten ergibt, nicht bloß systematisch gerechtfertigt, sondern auch sachlich zweckmäßig, wenn man erwägt, daß für die staatliche Haftung — soweit eine solche de lege lata überhaupt besteht — grundsätzlich die Haftung des Beamten selbst maßgebend ist. — In dieser Richtung werden wir also zunächst die rechtliche Stellung des Gvz. mit ihren Besonderheiten beleuchten und gewinnen so die notwendige Grundlage für die Untersuchung unserer Frage.

§ 2.

Fast erscheint es müßig, die Frage zu erheben, ob der Gvz. Beamter ist, so unbestritten — in Theorie wie Praxis —

[1]) Im folgenden „Gvz." abgekürzt.

ist seine Beamtenqualität und so wenig kann dieselbe einem begründeten Zweifel begegnen. Klar und ausdrücklich spricht das GVG. in der Überschrift des 12. Titels von ihnen als von „Zustellungs- und Vollstreckungsbeamten" und definiert sie in § 155 als „die mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten". Ob man sich freilich zum Beweise seiner Beamteneigenschaft füglich auf § 156 GVG., auf das dort gebrauchte Wort „Amt" wird berufen können,[1]) erscheint recht fraglich. Denn das GVG. wendet das Wort „Amt" durchaus nicht immer im technischen Sinne an; es spricht z. B. in den §§ 31—36, 84, 85 vom „Amte" des Schöffen und Geschworenen, wendet den Ausdruck also auch an, um uneigentliche Ämter zu bezeichnen, Ämter, deren Übernahme keineswegs zum „Beamten" macht.[2]) Sind aber die Begriffe „Amt" und „Beamter" streng zu sondern,[3]) so kann die in § 156 GVG. vorkommende Bezeichnung „Amt" unmöglich entscheidend sein; maßgebend und wohl geeignet, jeden Zweifel auszuschließen, ist — wie schon erwähnt — also die gesetzliche Bezeichnung der Gvz. als „Beamte".[4])

Das Reichsrecht begnügt sich aber auch damit, die Be-

---

[1]) Wie z. B. RG. 10, 233.

[2]) In diesem Sinne finden wir den Ausdruck z. B. auch verwendet im StGB. § 31 für den „Geschworenen- und Schöffendienst", in der KO. §§ 81, 84, 86 für das „Amt" des Konkursverwalters, im BGB. § 2202 für das „Amt" des Testamentvollstreckers, §§ 1844, 1885, 1893 für das „Amt" des Vormundes.

[3]) vgl. Meltz, Die Beamtenhaftpflicht, Rostocker rechtswiss. Studie 1904 S. 11 f.; Rothschild, Die Haftung der Justizbeamten und des Staates, Freiburger Diss. 1903, S. 52 ff.

[4]) Es ist nicht zu bezweifeln, daß dieser Ausdruck an den genannten Stellen in einem mit der öffentlich-rechtlichen Definition des Beamtenbegriffs sich deckenden Sinne gebraucht wird. Vgl. § 359 StGB. und Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1 [3], 383 ff.

amtenqualität des Gvz. festzustellen; „welchen Inhalt dieser reichsrechtliche Begriff hat, darüber gibt nicht das Reichsrecht, sondern das Landesrecht Aufschluß“.[1]) Denn das Reichsrecht weist dem Gvz. in § 155 GVG. nur in summarischer Weise einen Kreis prozessualer Befugnisse und Obliegenheiten zu; die ganze nähere Ausgestaltung seiner gerichtsverfassungsmäßigen Stellung, die Regelung der „Dienst- und Geschäftsverhältnisse“ ist dem Landesrecht d. i. den Landesjustizverwaltungen[2]) überlassen. Nur das eine verlangt das Reichsrecht von der einzelstaatlichen Regelung: der Gvz. muß unter allen Umständen „Beamter“ sein. „Wie das Landesrecht sich mit seinem Beamtenbegriff abfinden will, ist seine Sache; es muß diesen Begriff so normieren, daß der Gvz. darunter fällt“;[3]) denn ist der Gvz. nach Landesrecht kein Beamter, so ist er nach Reichsrecht auch nicht Gvz. So sind denn auch in den verschiedenen Einzelstaaten zur Regelung der Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gvz. eine Reihe von Verordnungen, insbesondere Gvz.-Ordnungen (oder Instruktionen) ergangen, welche durchgängig jenes Erfordernis erfüllen und die Beamtenqualität der Gvz. unzweifelhaft konstatieren.[4])

---

[1]) Rottmann, Die rechtliche Stellung des Gvz., Würzburg 1900, S. 19.

[2]) Beim Reichsgericht dem Reichskanzler (vgl. Vorschriften v. 11. 5. 1888, Zentr.-Bl. 159).

[3]) Jastrow im Arch. f. d. civil. Praxis 68, 363; auch v. Welck in Gruchots Beitr. 36, 499.

[4]) So gehören in Preußen die Gvz. zur 2. Klasse der Subalternbeamten, sie werden von dem betr. Oberlandesgerichtspräsidenten auf Lebenszeit ernannt und haben vor der Einführung in ihr Amt eine Amtskaution von 600 Mk. zu bestellen. Vgl. §§ 13, 14, 37 der preuß. GvzO. v. 31. 3. 1900 (JMBl. 345). Für Preußen sei im übrigen verwiesen auf die systematische Zusammenstellung aller auf die Gvz. bezüglichen Vorschriften bei Müller, Preuß. Justizverwaltung 1[3] (1901), 271—326; vgl. ferner Heilfron, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 1, 204 Note 1 und Rottmann a. a. O. 20 ff., auch bezgl. der Verhältnisse in Bayern, Württemberg,

§ 3.

Nach der Reichsjustizgesetzgebung ist der Gvz. ein selbständiges Organ der Rechtspflege; er handelt nicht wie der Gerichtsdiener (Exekutor) des gemeinen und des alten preußischen Prozesses lediglich in Ausführung richterlicher Befehle, sondern wie der für ihn vorbildliche huissier[1]) des französischen Rechts kraft des ihm selbst verliehenen Amtes; er unterliegt zwar der Aufsicht,[2]) nicht aber der unmittelbaren Leitung des Gerichts.[3]) Seine Tätigkeit ist eine zweifache: er ist Organ einmal für Zustellungen (§§ 166 ff. ZPO.) und sodann für Vollstreckungen (§§ 753 ff. ZPO.). — In Gang gesetzt wird seine Tätigkeit im einzelnen Falle durch einen „Auftrag", sei es, daß dieser ausgeht von Privaten, von der Partei,[4]) sei es, daß er erteilt wird von einer Behörde.[5]) Diese letzteren, die „amtlichen Aufträge"[6]) bieten für unsere Betrachtung nichts Besonderes; hier wird das Verhältnis des Gvz. zu seinen Auftraggebern vollkommen ausgefüllt durch seine Beamtenstellung, so daß die Frage nach

---

Baden und Sachsen. Bei Rottmann a. a. O. 23—27 finden sich auch die hier nicht interessierenden weiteren Einzelheiten betreffs der amtlichen und vermögensrechtlichen Stellung der Gvz. in ausführlicher Darstellung.

[1]) vgl. die instruktive und eingehende Darlegung der Entwicklung des Gvz.-Instituts bei Rottmann a. a. O. 1—19; ferner v. Welck a. a. O. S. 500 ff., 519 ff. und Schwencke, Die zivilrechtliche Stellung des Gvz., Göttinger Diss. 1894, 6 ff.

[2]) vgl. z. B. § 33 der preuß. GvzO.

[3]) vgl. insbesondere § 766 Abs. 2 ZPO.; ferner Fitting, Der Reichszivilprozeß[8] (1893), 695; Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO. 1[4] (1899), 390; 2, 336 u. a. Lehrbücher und Kommentare.

[4]) Unmittelbar oder durch Vermittelung des Gerichtsschreibers; vgl. §§ 166 Abs. 2, 753 Abs. 2 ZPO.

[5]) z. B. in den Fällen des § 162 GVG., § 36 StPO., § 6 der V. betr. das Verwaltungszwangsverfahren v. 15. 11. 1899.

[6]) vgl. § 24 der preuß. GvzO.; Müller a. a. O. 282.

dem etwaigen Bestehen eines nichtamtlichen, eines privatrechtlichen Vertrauensverhältnisses gar nicht erst aufgeworfen zu werden braucht. — Und auch bei der anderen, häufigeren und wichtigeren Kategorie von Aufträgen, den „Parteiaufträgen“,[1]) ist das eine ohne weiteres klar, daß er in Erledigung solcher Aufträge (z. B. zur Vollstreckung) dem Schuldner und Dritten gegenüber lediglich als Beamter in Betracht kommt, da er ja von diesen den Anstoß zu seinem Tätigwerden gar nicht erhält, ein anderes als ein amtliches Verhältnis sich hier also schlechterdings nicht konstruieren ließe.

Anders verhält es sich mit seinen Beziehungen zur beauftragenden Partei, speziell zum Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung. Hier allerdings erhebt sich die Frage, ob sein Verhältnis zum Auftraggeber ein lediglich amtliches ist oder ob nicht „neben seine Beamtenstellung ein nichtamtliches Verhältnis tritt, das ihn als Stellvertreter mit prozeß- und privatrechtlicher Wirkung für die Partei handeln läßt und ihn mit dieser durch vertragsmäßige Rechte und Pflichten verknüpft“.[2])

Damit berühren wir eine alte Kontroverse, die — meist in der geläufig gewordenen Fassung: „Ist der Gvz. Mandatar der beauftragenden Partei?“ — in der Literatur lebhafte Diskussion und grundverschiedene Beantwortung gefunden hat. Die einen[3]) sehen in dem Gvz. ausschließlich den Beamten, der innerhalb seines genau begrenzten amtlichen Wir-

---

[1]) vgl. § 23 der preuß. GvzO.; Müller a. a. O. 280 ff.

[2]) v. Welck a. a. O. 498.

[3]) z. B. Förster-Eccius, Theorie und Praxis d. heutigen gem. und preuß. Privatrechts 2⁷ § 141 Note 17, § 154 Note 3; Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung 123 ff.; Nessel in Gruchots Beitr. 28, 97 ff.; Voß ebenda 23, 240 ff.; Rothschild a. a. O. 92 ff. u. a. (vgl. auch die bei Rottmann a. a. O. 28 Note 1 Zitierten).

kungskreises der Partei lediglich als Organ der staatlichen Zwangsgewalt gegenüberstehe; die andern [1] — und das ist die herrschende Meinung — betrachten das Verhältnis zwischen Partei und Gvz. als ein zivilrechtliches Mandat, dem gegenüber seine Beamtenstellung in den Hintergrund trete, von nur sekundärer Bedeutung erscheine. Man pflegt jene Ansicht kurz „Beamtentheorie", diese „Mandatstheorie" zu nennen. Das Reichsgericht hat sich in seiner Plenarentscheidung vom 10. 6. 1886 (16, 396 ff.) zu der „Mandatstheorie" [2] bekannt und so die streitige Frage wenigstens für die Judikatur entschieden.

Es kann hier natürlich nicht der Ort sein, diese Streitfrage mit ihrer Fülle von Argumenten und Gegenargumenten erschöpfend zu behandeln. Wir müßten — unter wertloser Wiederholung sattsam dargelegter Gründe — vor allem dartun die Möglichkeit [3] eines zivilrechtlichen Verhältnisses zwischen Gvz. und Gläubiger, die Möglichkeit des Staates, „die ihm von Haus aus zustehende Vollstreckungsgewalt auf die Partei zu übertragen", [4] um dann hinzuweisen auf den Zusammenhang der Frage mit der historischen Entwicklung [5] des Gvz.-

[1] z. B. Hahn in Gruchots Beitr. 31, 330 ff.; v. Welck, ebenda 36, 497 ff.; Jastrow im Arch. f. civil. Praxis 68, 358 ff.; Rottmann a. a. O. 28 f. (und die dort S. 28 Note 2 Zitierten); Schwencke a. a. O. 1 ff. (und die dort Zitierten); Nagel, Das Verhältnis des Gvz. zur Partei, Erlanger Diss. 1897; Fitting a. a. O. 695; die Kommentare zur ZPO. § 166 (152) und § 753 (674) von Reincke [5] 1904, Petersen [4] 1899, Gaupp-Stein [4] 1899, Struckmann-Koch [7] 1900, Wilmowski-Levy [5] 1889 und die von diesen dort Zitierten.

[2] So schon RG. 9, 361 ff.; dagegen steht RG. 10, 233 ff. auf dem Standpunkte der Beamtentheorie.

[3] Über diese Möglichkeit vgl. v. Welck a. a. O. 504 ff.; Schwencke a. a. O. 19 ff.; Hahn a. a. O. 333; Jastrow a. a. O. 365; ferner RG. 16, 406 ff. u. a.

[4] v. Welck a. a. O. 506.

[5] s. oben S. 4 Note 1; insbesondere v. Welck a. a. O. 518 ff.; Rottmann a. a. O. 10; Nagel a. a. O. 21.

Instituts und unserer Prozeßordnung, auf die Terminologie des Gesetzes und auf die Auffassung der Motive[1]) als auf Umstände, die alle für die Mandatstheorie sprechen; — dies alles ausführlich darzustellen, kann, wie gesagt, hier nicht der Ort sein, so wichtig auch unsere Stellungnahme zu der Frage für die ferneren Untersuchungen ist. Wir beschränken uns daher darauf, in unseren folgenden Ausführungen vom Standpunkt der Mandatstheorie, der uns als der richtige erscheint, also von der Möglichkeit eines zivilrechtlichen Verhältnisses zwischen Gvz. und Gläubiger ausgehend zu prüfen, *ob und was für ein Vertragsverhältnis* zwischen Gvz. und Gläubiger besteht; dabei werden wir Gelegenheit genug haben, unseren Standpunkt der gegnerischen Ansicht gegenüber zu verteidigen.

Wenn ein Gläubiger einen Gvz. z. B. mit einer Pfändung betraut und dieser dieselbe übernimmt, so kommt damit ein „*Vertrag*" im Sinne des BGB.[2]) zustande; denn dem „Antrag" entspricht in unserem Fall der „Auftrag" und der „Annahme des Antrags" die „Übernahme" des Auftrags. Nun ist zwar allerdings der Gvz. amtlich verpflichtet,[3]) einen ihm zugehenden Auftrag anzunehmen, sofern ihm nicht einer der gesetzlichen Ablehnungsgründe[4]) zur Seite steht. Aber deshalb ist doch die faktische Übernahme des Auftrags nicht überflüssig gemacht; vielmehr kommt nur dann, wenn die Übernahme auch tatsächlich erfolgt, das Vertragsverhältnis zur

---

[1]) *Hahn*, Materialien zur ZPO. 1 S. 440 ff., 812 ff., 842.

[2]) vgl. §§ 145 ff., auch § 305; *Neumann*, Handausgabe des BGB.[4] 1905, Vorbemerkung zum 3. Titel (§§ 145 ff.).

[3]) vgl. § 766 Abs. 2 ZPO.; auch § 18 der Gebührenordnung für Gvz. v. 24. 6. 1878.

[4]) vgl. § 156 GVG.; auch § 30 der preuß. GvzO. Damit ist also ein gesetzlicher Kontrahierungszwang geschaffen. Näheres darüber bei *Rottmann* a. a. O. 32 Note 4.

Entstehung.[1]) Diese öffentlich-rechtliche Übernahmepflicht schließt im übrigen das Zustandekommen eines wirklichen kontraktlichen Verhältnisses so wenig aus, als dies etwa der Fall ist bei dem nach § 115 Ziff. 3 ZPO. einer armen Partei beigeordneten Rechtsanwalt.[2]) — Ein weiterer Beweis für das Vorliegen eines echten Vertragsverhältnisses zwischen Gvz. und Partei ist darin zu finden, daß dem Gvz. ein zivilrechtlicher[3]) Anspruch auf Gebühren und Auslagenersatz zusteht, der nicht wie der Kostenanspruch des Gerichts dem Staate, sondern dem Gvz. selbst zugute kommt und nicht wie der Kostenanspruch des Gerichts kraft öffentlich-rechtlicher Befugnis einzutreiben, sondern nach § 34 ZPO. zivilrechtlich zu verfolgen ist. Daß dieser Gebührenanspruch gesetzlich[4]) geregelt ist, tut endlich der Vertragsnatur des Verhältnisses zwischen Gvz. und Gläubiger so wenig Eintrag, wie etwa der gleichfalls durch Gesetz[5]) geordnete Gebührenbezug des Rechtsanwalts dessen Beziehungen zur Klientel den Vertragscharakter nimmt.

Steht es also fest, daß *überhaupt ein Vertrag* zustande kommt zwischen Gvz. und Auftraggeber, so fragt sich nunmehr, *welche Art* von Vertrag zustande kommt, was für ein Schuldverhältnis begründet wird.[6]) Im gemeinen Recht,[7])

---

[1]) So auch v. *Welck* a. a. O. 541: „Das Gesetz verlangt in der Tat einen zweiseitigen Akt als Vorbedingung der Vollstreckungstätigkeit der Gvz."

[2]) So auch *Rottmann* a. a. O. 24 f.

[3]) Unzutreffend vergleicht *Hellmann* in d. Bl. f. Rechtsanwendung 1888 Nr. 18 diesen Anspruch mit dem Kostenanspruch des Gerichts.

[4]) GebO. f. Gvz. v. 24. 6. 1878 und 29. 6. 1881, Neufassung vom 20. 5. 1898.

[5]) GebO. f. Rechtsanwälte v. 7. 7. 1879, Neufassung v. 20. 5. 1898.

[6]) vgl. § 305 BGB.

[7]) Im Gegensatz zum röm. Recht (vgl. § 13 J. de mand. 3. 26) hielt das gemeine Recht das Versprechen einer Belohnung mit dem

also bis zum Inkrafttreten des BGB., war es das Mandat, unter welches man das Verhältnis zwischen dem operae liberales leistenden Gvz. und seinem Auftraggeber subsumierte. Das BGB. hat aber[1]) eine scharfe Abgrenzung zwischen dem „Auftrag" als der „unentgeltlichen" Geschäftsbesorgung (§§ 662 ff.) einerseits und dem Dienst- und Werkvertrag (§§ 611 ff. und 631 ff.) andererseits getroffen. Da nun, wie schon oben erwähnt, der Gvz. Anspruch auf Gebühren hat, so kann keinesfalls ein Mandatsverhältnis im Sinne des BGB. vorliegen, sondern immer nur ein Dienst- oder Werkvertrag. Gleichwohl hat das Gesetz vom 17. 5. 1898, betr. Änderungen der ZPO., es nicht für nötig erachtet, die doch offenbar nicht mehr zutreffenden Ausdrücke „Auftrag", „Beauftragung", „beauftragt" durch einen anderen, den richtigen, zu ersetzen. Diese Ungenauigkeit[2]) erklärt sich indes unschwer einerseits aus einer absichtlichen Rücksichtnahme auf die gewohnte, in Volks- wie Richtermund üblich gewordene Ausdrucksweise, andererseits aus der begreiflichen Scheu, in den wissenschaftlichen Meinungsstreit einzugreifen. Überdies sind, da die Unentgeltlichkeit des Auftrags ja doch nur einen „formalen Unterschied"[3]) desselben vom Dienst- und Werkvertrag begründet, die Dienst- und Werkverträge, die eine „Geschäftsbesorgung"[4]) enthalten, materiell nichts anderes als

---

Wesen des Mandats für vereinbar, ließ auch das Begriffsmerkmal der operae illiberales bei der Dienstmiete fallen und verwischte so den Gegensatz zwischen mandatum und locatio conductio operarum.

[1]) Zum röm. Recht zurückkehrend.

[2]) Rothschild a. a. O. 94 will sogar dieses Zugeständnis gegen die Mandatstheorie ins Feld führen, obwohl derselbe für die gegnerische Auffassung nicht das geringste beweist. Im übrigen vgl. auch Rottmann a. a. O. 30.

[3]) Dernburg, Das bürgerl. Recht, 2 § 293, 4.

[4]) Dieser Ausdruck wird außerordentlich verschieden interpretiert. Vgl. Dernburg c. l.; Neumann a. a. O. Vorbem. zu §§ 662 ff. I, 1;

entgeltliche Aufträge, wie sie denn auch nach § 675 BGB. in wesentlichen Punkten den Grundsätzen des Mandats unterstellt sind.

Hat man schon das Verhältnis des Gvz. zu seinem Mandanten unter § 675 BGB. gestellt,[1]) so bleibt doch immer noch die Frage offen, ob die „Geschäftsbesorgung", die das „mandatsähnliche"[2]) Verhältnis zum Gegenstand hat, sich als ein Dienst- oder als ein Werkvertrag darstellt.[3])

Der Dienstvertrag (§ 611 BGB.) verpflichtet zur Leistung von Diensten, der Werkvertrag (§ 631 BGB.) zur Herstellung eines Werkes. Nicht auf welches wirtschaftliche Resultat der Wille der Berechtigten gerichtet ist, sondern zu was sich der Verpflichtete verpflichten will, darauf kommt es an[4]): beim Dienstvertrag verspricht er lediglich

---

Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 1[5] (1899), 801; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 1899 S. 517: bemerkenswert besonders deshalb, weil er im Gegensatz zu allen andern auf den Begriff der „Besorgung" als der Entfaltung von Tätigkeit zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges das Hauptgewicht legt, nicht auf den der „Geschäfte", der selbst wieder sehr verschieden bestimmt wird; vgl. z. B. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 1[2] (1899), 544; dagegen Hachenburg, Dienstvertrag u. Werkvertrag 12; ferner Dernburg c. l.; Engelmann, Das bürgerl. Recht[3] (1903), 324.

[1]) So z. B. Neumann a. a. O. Note 2c zu § 675; Achilles, BGB.[4] (1903) Note 1 zu § 675.

[2]) Dernburg c. l.

[3]) vgl. Hachenburg c. l.; Riezler, Der Werkvertrag 1900; Rümelin, Dienst- u. Werkvertrag, 1905; Endemann a. a. O. 785; Dernburg a. a. O. 2 § 317, 4; Neumann a. a. O. Vorbem. zu §§ 611 ff. I, 1 Noten 1 u. 2 zu § 631; Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht I (1900) 598, 611; Engelmann a. a. O. S. 365, 372; Müller-Meikel, Das bürgerl. Recht I (1899) S. 318, 332 u. a.

[4]) Zutreffend Rothschild a. a. O. 95 gegen Rottmann a. a. O. 31.

Arbeit, beim Werkvertrage einen Erfolg.[1]) Aber dieser „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg" (§ 631 Abs. 2 BGB.) braucht doch wohl kaum ein günstiger zu sein; auch ein vergebliches Hinarbeiten auf den „Erfolg" im engeren Sinne, eine fruchtlose Pfändung beispielsweise, wird man als „Erfolg" im Sinne des Gesetzes ansehen können; denn „der Erfolg ist nicht der Zweck der Arbeitsleistung, sondern gleichbedeutend mit der Summe der zu einem gewissen Zwecke aufzuwendenden Arbeit".[2])

Aus diesen Unterscheidungs- und Begriffsmerkmalen ergibt sich für das Verhältnis des Gvz. zum beauftragenden Gläubiger: Der Gvz. verspricht nicht bloße Dienste, bloße Arbeit, „überläßt nicht etwa seine Arbeitskraft der Verfügung"[3]) des Gläubigers; er verspricht vielmehr — um auf diesen Hauptfall zu exemplifizieren — zu vollstrecken, zu pfänden, also einen „Erfolg" herbeizuführen in dem oben erörterten Sinne, alles zu tun, um den Effekt, den Zweck, auf den es beiden ankommt, zu erreichen — die Forderungsbefriedigung. Wir fassen also das Verhältnis zwischen Gvz. und Gläubiger auf als einen „Werkvertrag" und zwar als einen Werkvertrag im Sinne des § 675 BGB.[4])

Die vorstehenden Ausführungen lassen somit den Gvz. dem Gläubiger gegenüber als Werkunternehmer erkennen. Das ist aber nur das Innenverhältnis, welches der § 675 BGB. regelt. Nach außen, d. h. in seinem Verhältnis zum Schuldner und zu Dritten, erscheint der Gvz. als Ver-

[1]) vgl. Hachenburg a. a. O. 42 ff.

[2]) So Boethke in Gruchots Beiträgen 45, 717.

[3]) Hellwig c. l.

[4]) So auch z. B. Rottmann a. a. O. 31; Reiner, Die Schadenersatzpflicht des Beamten und des Staates, Würzburger Dissert. 1904, 28. Dienstvertrag nehmen an z. B.: RG. v. 15. 10. 1901; Jur. Wochenschr. 1901, 783; RG. 56, 84; OLG. Kolmar in Puchelts Zeitschrift f. deutsches bürgerl. Recht und franz. Zivilrecht 34, 174.

treter des Gläubigers, als dessen Bevollmächtigter im Sinne der §§ 164 ff. BGB.[1]) Dieses Außenverhältnis bedarf, da es auch bei der Haftungsfrage in Betracht kommen wird, noch einiger Erörterung, wenigstens in seinen Grundzügen und in den Punkten, gegen welche sich die meisten und schärfsten Angriffe der Anhänger der Beamtentheorie richten.

Es ist undenkbar, so argumentieren sie,[2]) daß der Gläubiger in denjenigen Handlungen vom Gvz. vertreten werden kann, welche er — der Gläubiger — selbst nicht vornehmen kann, welche vielmehr der Gvz. lediglich auf Grund seiner amtlichen Stellung, seiner staatlichen Befugnis ausführt. — Darauf ist[3]) zu erwidern, daß unser Recht Fälle von — gesetzlicher und gewillkürter — Vertretung genug kennt, in denen dem Vertretenen die Befugnis, selbst zu handeln, fehlt. Man denke z. B. an die Vertretung Handlungsunfähiger, an die Prozeßvertretung, den Anwaltszwang (§ 78 Abs. 1 ZPO.). Gerade das letztere Beispiel paßt auch sonst auf das äußere Verhältnis zwischen Gvz. und Gläubiger, das unschwer eine Analogie mit der äußeren Stellung des Prozeßbevollmächtigten erkennen läßt, eine Analogie, auf die auch in den Motiven[4]) hingewiesen wird. Mit Sicherheit aber ergibt sich die Stellvertretereigenschaft des Gvz. aus der Betrachtung des positiven

---

[1]) Die Vollmacht, nach deren Grundsätzen das Außenverhältnis sich regelt, ist streng zu sondern von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (hier Werkvertrag). Darüber s. Dernburg a. a. O. 2 § 294, II; Staudinger, Kommentar zum BGB. (1903) 1, 408; Endemann a. a. O. 337 ff.; Neumann a. a. O. Vorbem. zu §§ 164 ff. A, B II, C I, 3 zu § 168 Note 1, Vorbem. zu §§ 662 ff. IV; Engelmann a. a. O. 124; Müller-Meikel a. a. O. 1, 352; Kuhlenbeck, BGB. 1 (1899), 456; Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 2 (1900), 666.

[2]) z. B. Nessel c. l. (s. oben S. 5 die Note 3 Zitierten).

[3]) mit Rottmann a. a. O. 46; Schwencke a. a. O. 42; Nagel a. a. O. 15; v. Welck a. a. O. 508; vgl. auch hier RG. 16, 396.

[4]) Hahn, Motive 1, 440 ff.; vgl. oben S. 7 Note 1.

Gesetzesinhalts, insbesondere aus den §§ 754, 755 ZPO.[1]) § 754 läßt die Befugnis zu den dort bezeichneten Handlungen[2]) ausdrücklich als eine Wirkung der die Vollstreckung veranlassenden „Beauftragung" — oder „Bevollmächtigung", wie es richtiger heißen sollte — entstehen und gibt der auf dieser „Beauftragung" oder Bevollmächtigung beruhenden Befugnis oder Vollmacht zugleich einen gesetzlichen Umfang.[3]) Noch weiter geht § 755 ZPO., indem er diese Ermächtigung auch in Fällen annimmt, wo möglicherweise die „Beauftragung", an die sie in § 754 geknüpft wird, gar nicht vorliegt; er enthält also für den Fall, daß der Gvz. im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung sich befindet, hinsichtlich jener „Beauftragung" (resp. Bevollmächtigung) eine praesumtio juris et de jure.[4]) So ergibt der Zusammenhang der beiden

---

[1]) vgl. v. Welck a. a. O. 510 ff.; Rottmann a. a. O. 43; besonders auch die oben S. 6 Note 1 zitierten Kommentare zur ZPO. bei den §§ 754, 755 (675, 676).

[2]) „Die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittieren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern."

[3]) Dadurch wird der Befugnis des Gvz. zu den Handlungen des § 754 so wenig die Grundlage des Parteiwillens entzogen, als dies der Fall ist bei dem gesetzlich notwendigen Umfang der Vollmacht des Prokuristen (§§ 49, 50 HGB.) oder des Prozeßbevollmächtigten (§ 83 ZPO.). Übrigens hat eine etwaige Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht nur Wirkung nach innen d. i. für das Verhältnis zwischen Gvz. und Gläubiger, nicht nach außen d. i. gegenüber dem Schuldner und Dritten; andererseits bedarf es zur Ausdehnung seiner gesetzlich begrenzten Vollmacht (z. B. auf Vergleich, Stundung, datio in solutum; vgl. z. B. Gaupp-Stein a. a. O. 2, 440; Rottmann a. a. O. 43 f.; RG. 11, 393) einer Spezialvollmacht.

[4]) Gegenbeweis ist also ausgeschlossen. Vgl. Satz 2 des § 755 ZPO.; dazu die Erläuterung von Struckmann-Koch a. a. O. u. a. Kommentare (oben S. 6 Note 1).

Vorschriften unwiderleglich, daß das Gesetz die Ermächtigung zu den Handlungen des § 754 nicht als eine gesetzliche, sondern als eine gewillkürte, den Gvz. selbst also nicht als gesetzlichen Vertreter, sondern als Bevollmächtigten aufgefaßt haben will.[1])

Haben uns die §§ 754, 755 ZPO. den vollstreckenden Gvz. als Parteibevollmächtigten gezeigt, so erhellt die Art dieser gesetzlich geregelten, aber auf Parteiwillenserklärung beruhenden Vertretung als einer unmittelbaren nicht minder deutlich gleichfalls aus dem Gesetze. Es würde uns zu weit führen, wollten wir darauf noch im einzelnen eingehen; wir verweisen auf die §§ 804 Abs. 1, 808 Abs. 1, 815 Abs. 3, 819 und 897 der ZPO., wo das Prinzip der direkten Stellvertretung klar und ausdrücklich ausgesprochen ist.[2])

Was hier vom Verhältnis des vollstreckenden Gvz. zum Gläubiger gesagt ist, das gilt — mutatis mutandis — auch für die Beziehungen des zustellenden Gvz. zur Partei. Für das Innenverhältnis braucht das wohl kaum besonders betont zu werden; wir haben in unseren bisherigen Ausführungen ja auch in dieser Hinsicht die beiden Fälle nicht geschieden, wenn wir auch auf den Fall der Vollstreckung als den wichtigeren und instruktiveren mehr exemplifizierten. Dagegen wollen manche[3]) in dem Gvz. als Zustellungsbeamten keinen „Vertreter" der Partei, sondern lediglich

---

[1]) v. Welck a. a. O. 510 ff; Rottmann a. a. O. 43 ff.; Nagel a. a. O. 16 ff.; Schwencke a. a. O. 39 ff.

[2]) s. darüber insbesondere v. Welck a. a. O. 510 ff.; Rottmann a. a. O. 44 ff. und die oben S. 6 Note 1 zit. Kommentare bei den betr. Paragraphen. Die Einwände der Gegner (z. B. Voß in Gruchots Beitr. 23, 243 ff.) wurzeln alle in der Auffassung der Vollstreckung als reinen — d. h. keine privatrechtliche Beimischung vertragenden — Ausflusses der Staatsgewalt; vgl. auch oben S. 6 f.

[3]) Z. B. Nagel a. a. O. 39.

einen „Boten“, ein Sprachrohr des Mandanten sehen. Mit Unrecht; denn auch hier handelt der Gvz. im Namen und an Stelle des Auftraggebers. Die Zustellung ist mit nichten nur rein faktische Dienstleistung; „die Handlung eines anderen, die rechtliches Nichtkönnen ergänzt, muß selbst rechtlich bedeutsam, ein Rechtsfolgen schaffender Akt sein; von einer faktischen Tätigkeit läßt sich nur da sprechen, wo der Gvz. tätig wird, ohne daß seine Tätigkeit durch das Gesetz geregelt ist und ohne daß er allein die Befugnis dazu besitzt.“ [1])

§ 4.

Ist der Gvz., wie wir in vorstehendem Abschnitt darzulegen versucht haben, betreffs seines Verhältnisses zur Partei in der Tat nach außen deren bevollmächtigter Vertreter, nach innen ihr Schuldner aus einem Werkvertrag im Sinne des § 675 BGB., so müssen wir der Partei auch die diesem Verhältnis entsprechenden Kontraktsklagen geben. Sie kann also mit der Klage aus dem Werkvertrage die Ablieferung gepfändeten Geldes, Rückgabe zuviel gezahlter Gebühren und Auslagen resp. des Vorschußrestes, Rechnungslegung usw. erzwingen (§§ 666 ff. in Verbindung mit § 675 BGB.). [2]) Diese Klage entspricht der alten actio mandati directa, insofern sie gerichtet ist auf Herausgabe alles dessen, was der Mandatar auf Grund seines Auftrages in Händen hat. Soweit sie abzielt auf Ausführung des übernommenen

---

[1]) v. Welck a. a. O. 516, auch 547. Gleicher Ansicht Schwencke a. a. O. 19 f.; Reincke a. a. O. zu § 166 ZPO., ebenso Petersen u. a. Kommentare.

[2]) Indes macht sich hier die Beamteneigenschaft des Gvz. insofern geltend, als die Partei jedenfalls auch den Weg der Beschwerde bei der vorgesetzten Dienststelle einschlagen kann.

Auftrags, steht sie dem Gläubiger nicht zu;[1]) denn nach § 766 Abs. 2 der ZPO. „steht dem Vollstreckungsgerichte die Entscheidung zu, wenn ein Gvz. sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen, oder wenn in Ansehung der von dem Gvz. in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden".

Übernimmt der Gvz. einen Auftrag, so ist er als Schuldner als einem Werkvertrag für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit vertretungspflichtig (§ 276 in Verbindung mit §§ 675 und 631 BGB.). Uns interessiert aber hier nicht das vorsätzliche Tun oder Unterlassen, sondern nur die Fahrlässigkeit,[2]) das „Versehen", wie sie das ALR. nannte und in drei Grade — „grobes", „mäßiges" und „geringes" (I, 3 §§ 18 ff.) — unterschied. Das BGB. kennt nur „grobe" Fahrlässigkeit und Fahrlässigkeit schlechthin (§§ 276, 277). „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt", sagt es in § 276 Abs. 1 Satz 2 und legt damit einen abstrakten[3]) Maßstab an — gleich dem römischen

---

[1]) v. Welck a. a. O. 544 ff. lehnt aus diesem Grunde die Annahme eines echten Mandats ab und bezeichnet das Verhältnis als ein nur „mandatsähnliches" als eine „Anweisung", „jussus". — Zweifellos ist das Verhältnis vielfach modifiziert durch die Beamtenstellung des Gvz., bleibt aber darum um nichts weniger ein in Wahrheit kontraktliches — von der Art, wie wir in § 2 gezeigt haben.

[2]) Über Begriff und Wesen der Fahrlässigkeit im Sinne des BGB. vgl. Dernburg a. a. O. II § 63 II; Rehbein, BGB. II (1903), 101; Engelmann a. a. O. 129; Müller-Meikel a. a. O., 164; Neumann a. a. O. zu § 276 u. Vorbemerkung zu §§ 823 ff. C. II 1; Krückmann, Institutionen des BGB.[3] (1901), 158; Achilles, BGB. Noten 1 u. 2 zu § 276; v. Liszt, Deliktsobligationen 1898 S. 55; auch Meltz a. a. O. 17 ff.; Delius, Haftpflicht der Beamten 1901, S. 30 ff.

[3]) Nur ausnahmsweise ist der Maßstab ein konkreter, nämlich in den Fällen der §§ 690, 708, 1359, 1664, 2131, wo die Haftung beschränkt ist auf

Rechte, das die generell[1]) erforderliche Sorgfalt als diligentia diligentis patris familias[2]) bezeichnete. Auch das HGB. legt für die Regel den abstrakten Maßstab an, und wenn nach §§ 347, 429, 511 dieses Gesetzes der Kaufmann (Frachtführer, Schiffer) für die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (Frachtführers, Schiffers)" einzustehen hat, so wird man mit Fug sagen können, daß entsprechend der Gvz. die Sorgfalt eines ordentlichen Gvz. zu prästieren hat. Denn das ist — um mit Dernburg[3]) zu reden — die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daß man in seinen Berufsgeschäften sich so benimmt wie der ordentliche Berufsgenosse.

Das „Versehen" schließt begrifflich den Irrtum in sich; es kommt bloß darauf an, ob er bei Anwendung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" vermeidbar war oder nicht; je nach der Vermeidbarkeit liegt dann ein vertretbares oder ein unvertretbares Versehen vor. Unerheblich aber ist es, ob der dem Versehen zugrunde liegende Irrtum rechtlicher oder tatsächlicher Natur ist.[4]) — Was insonderheit den Rechtsirrtum anlangt, so ist zu beachten, daß er keineswegs immer und schlechthin als Fahrlässigkeit zu erachten ist;[5]) zumal der Irrtum in einer zweifelhaften Rechtsfrage kann sehr wohl entschuldbar sein, und gerade bei nicht rechtsgelehrten Beamten

---

die Sorgfalt, die der Verpflichtete „in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt".

[1]) Singuläre Haftung für culpa in concreto d. i. für Verletzung der diligentia, quam suis rebus adhibere solet, bestimmt das röm. Recht für den Sozius, den Tutor, den Miteigentümer bei Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache und den Ehemann bei Verwaltung der Dos und der Paraphernalgüter (s. Sohm, Institutionen [7] 1898, S. 386, 392 f., 444).

[2]) vgl. z. B. l. 54 pr. D. 19, 1.

[3]) c. l.

[4]) Delius a. a. O. 30; Rehbein c. l.

[5]) vgl. RG. 39, 94 ff.

wie den Gvz. wird, soweit es sich um reine Rechtsfragen handelt, eine milde Beurteilung am Platze sein.

Soweit also nach den eben dargelegten Grundsätzen dem Gvz. in Ausführung seines „Auftrages" ein – wenn auch geringes — vertretbares[1]) Versehen zur Last fällt, haftet er gemäß § 276 als „Schuldner" aus einem Werkvertrag gegenüber seinem Gläubiger, dem Auftraggeber. Veranlaßt er übrigens „durch grobes Verschulden" seinem Mandanten Kosten, so kann diesem die Geltendmachung der Pflicht des Gvz., diese Kosten zu ersetzen, gemäß § 102 ZPO. durch Offizialverurteilung seitens des Prozeßgerichts erspart werden.

Haftet der Gvz. aber dem beauftragenden Gläubiger nur als Schuldner, als Werkunternehmer? Kommt für seine Haftung gegenüber dem Mandanten ausschließlich sein Vertragsverhältnis zu diesem, nicht auch seine Beamtenstellung in Frage, haftet er — um es kurz auszudrücken — dem Gläubiger nicht auch als Beamter?

Der Gvz. ist zwar gegenüber dem Gläubiger bezw. Auftraggeber in erster Linie Werkunternehmer; aber niemals hört er auf, auch ihm gegenüber Organ der staatlichen Zwangsgewalt, Beamter zu sein.[2]) Er ist demnach zur pflichtmäßigen Geschäftsbesorgung nicht nur von Vertrags wegen, kontraktlich, sondern auch amtlich, von Amts wegen verpflichtet. Verletzt er seine Vertragspflicht, so verletzt er also zugleich

---

[1]) Als „Verschulden" wurde z. B. angesehen: Unrichtige Mitteilung des Versteigerungstermins an den Gläubiger (Bolze, Praxis des RG. in Zivils. 6 Nr. 288); unzureichende Pfändung (Bolze 7 Nr. 274); Auszahlung des Erlöses ohne Rücksicht auf die frühere Pfändung für einen anderen Gläubiger (Bolze 9 Nr. 186); Versäumung der Übertragung der Terminsnote auf die zuzustellende Abschrift der Klageschrift (RG. 51, 259).

[2]) Ausdrücklich betont dies RG. 16, 396; 17, 332; 56, 84; vgl. auch Schefold im ArchCivPrax. 97, 474 und oben S. 5 u. 6.

auch seine Amtspflicht, und zwar eine ihm einem Dritten (dem Gläubiger) gegenüber obliegende Amtspflicht. So ergibt sich · Verschulden des Beamten vorausgesetzt — zugleich der Tatbestand des § 839 BGB., der Syndikatsklage, der Tatbestand also eines Delikts,[1]) und es fragt sich, ob die Vertragsverletzung, wenn und weil sie zugleich auch den Tatbestand eines Deliktes darstellt, beide Ansprüche erzeugt, den kontraktlichen ebenso wie den deliktischen.

Die herrschende Meinung[2]) gelangt zur Bejahung der Frage auf Grund einer Argumentation, die so leicht dahin fließt, fast als handle es sich um Selbstverständliches: Natürlich könne eine Verletzung von Vertragspflichten als solche nicht als „unerlaubte Handlung" im Sinne der §§ 823 ff. BGB. gelten; enthalte aber die Verletzung einer Vertragspflicht zugleich den Tatbestand eines Delikts, so entstehe neben dem Vertragsanspruch ein Deliktsanspruch, von denen jeder den ihm eigenen Rechtssätzen folge, zwischen denen aber eine Konkurrenz bestehe, so daß einmalige volle Befriedigung beide aufhebe. Schließlich beruft sich diese Ansicht auf das gemeine Recht, wo auch neben der actio legis Aquiliae die actio commodati (locati usw.) gewährt würde.

Zweifellos kann derselbe Tatbestand sich zivilrechtlich als Vertragsverletzung und zugleich als unerlaubte Handlung darstellen — ebenso wie im Strafrecht ein und dieselbe Handlung unter mehrere Strafgesetze fallen kann. Wie man aber hier nur einen staatlichen Strafanspruch entstehen läßt und nach den Grundsätzen der Gesetzeskonkurrenz[3]) den

[1]) Über das — hier nicht interessierende — Verhältnis des § 839 zu § 823 wird später zu reden sein.

[2]) vgl. z. B. v. Liszt, Deliktsoblig. 8 ff.; Dernburg a. a. O. 2 § 64, 2; Enneccerus-Lehmann a. a. O. 760; Neumann a. a. O., Vorbem. zu §§ 823 ff. F. 1; Crome in DJZ. 1904 S. 14 ff. u. a.

[3]) vgl. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts [11] (1902) § 56 u. die dort Zitierten.

primären Vorschriften gegenüber den subsidiären, den speziellen gegenüber den generellen den Vorrang einräumt, so muß schlechterdings für das Zivilrecht gleiches gelten. Wenn also — wie in unserem Falle — ein Tatbestand unter verschiedene Gesetzesregeln fällt, einerseits als Vertragsverletzung, andererseits als Delikt sich charakterisiert, so kommen nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz die Vertragsgrundsätze, als die speziellen Vorschriften gegenüber den generellen des Delikts, ausschließlich zur Anwendung.[1])

Nach dem eben Dargelegten gelangen wir dahin, dem Mandanten gegenüber den Gvz. für Verstöße und Pflichtwidrigkeiten ausschließlich als „Schuldner", kontraktlich, — nicht daneben auch als Beamten, deliktisch, haften zu lassen, trotz der oft betonten Duplizität seiner Stellung. — Für seine Haftung gegenüber dem Schuldner und Dritten kann dagegen, da von einem vertraglichen Verhältnis hier keine Rede sein kann,[2]) nur die deliktische in Betracht kommen.

Daß der Gvz., wie jeder Beamte, in seinen nichtamtlichen, außerdienstlichen Verhältnissen gleich jedermann nach den all-

---

[1]) Daß dies der Standpunkt des BGB. ist, beweist z. B. deutlich § 618 Abs. 3, wo das Gesetz es trotz § 823 Abs. 2 für nötig erachtet, für einen besonderen Fall die Deliktsgrundsätze gegenüber dem Dienstberechtigten, also auf ein Vertragsverhältnis, für anwendbar zu erklären. „Das ist eine deutliche Ausnahmebestimmung, die unsere Regel bestätigt" (Hellwig, Lehrb. d. Zivilprozeßrechts 1 (1903), 268). — Die oben vertretene Ansicht findet sich auch in Hellwig, Anspruch und Klagrecht 1900 S. 97 ff.; Endemann a. a. O. 1, 907 ff. leugnet gleichfalls die Möglichkeit der Konkurrenz der fraglichen Ansprüche, indem er, gestützt auf die Mot. 3, 392, ausführt, daß eine Deliktsobligation nur aus außerkontraktlichen Handlungen entstehen und daß, sobald es sich um Erfüllung von vertragsmäßig übernommenen Pflichten handle, ein eventueller Schadensersatz auch nur nach den besonderen Normen des einzelnen Kontraktsverhältnisses verlangt werden könne. So auch Hachenburg, Vorträge. Das Beamtendelikt ² 1900 S. 424 u. Rothschild a. a. O. 96 ff.

[2]) s. oben S. 5.

gemeinen Grundsätzen der §§ 823 ff. haftet, bedarf keiner besonderen Ausführung. Diesem Falle muß der andere gleichgeachtet werden, wo der Beamte zwar im Dienste sich befindet, aber nur die Gelegenheit der Amtsausübung zu einer „unerlaubten Handlung" benützt: z. B.: der Gvz. beschädigt oder entwendet fremde Sachen bei Gelegenheit einer Pfändung. In allen anderen Fällen, d. h. denjenigen der nicht „gelegentlich", sondern in Ausübung[1]) des Amtes erfolgten Schadenszufügung, bestimmt sich die Ersatzpflicht nach den Grundsätzen der „Beamtenhaftung", — eine Materie, die ihre Sonderregelung in § 839 BGB. erfahren hat — allerdings in einer Weise, die noch mehrfach zu Zweifeln und Streitfragen Anlaß gibt. — Wie ist insbesondere das Verhältnis des § 839 zu § 823 aufzufassen? — § 839 spricht ganz abstrakt von der „vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Amtspflicht", es fehlt jede Bezugnahme auf § 823;[2]) es kann also § 839 gegeben sein auch da, wo die Voraussetzungen weder des § 823 Abs. 1 noch des § 823 Abs. 2 oder des § 826 vorliegen.[3]) § 839 schafft also die dem Beamtenverhältnis eigentümliche Haftung, welche selbständig dasteht neben den anderen Deliktsgruppen, gesondert hauptsächlich hinsichtlich des Schuldmoments[4]) und hinsichtlich des Haftungsprinzips.[5]) — Sofern sonach der Beamte in Ausübung seines

---

[1]) vgl. v. Krais i. d. Bl. f. administrative Praxis in Bayern 50, S. 291, 298, 305, 306. — Eine ähnliche Unterscheidung trifft man bei Auslegung der §§ 31, 831 ff. BGB. In Art. 77 EG. z. BGB. zwingt der Wortlaut zu unserer Unterscheidung. Darüber weiter unten S. 37 f.

[2]) Dagegen findet sich dieselbe im Entw. 1.

[3]) vgl. insbesondere Delius a. a. O. 28; Rothschild a. a. O. 59; auch Neumann a. a. O. Note I 2 zu § 839.

[4]) Darüber wird weiter unter noch näher zu reden sein.

[5]) Darüber insbesondere Melz a. a. O. 5 f., wo treffend ausgeführt wird, daß bei den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. das objektive Merkmal der Widerrechtlichkeit von der Person des Geschädigten aus

Amtes eine Handlung begeht, die sich nur deshalb als „unerlaubte" darstellt, weil eine Amtspflichtverletzung vorliegt, so finden, auch wenn der Tatbestand des § 823 nicht gegeben ist, die besonderen Vorschriften des § 839 Anwendung.[1]) Wenn aber die Handlung des Beamten an sich sowohl unter §§ 823 ff. als auch unter § 839 fällt, so hat doch immer § 839 als lex specialis den Vorzug.

Stets ist Voraussetzung der Haftpflicht aus § 839 die Verletzung einer „Amtspflicht". Nimmt man nun Amtspflicht im engen Sinne als Norm, die nur ein Beamter zu befolgen hat, so bleibt für § 839 freilich ein recht beschränktes Anwendungsgebiet; jede Verletzung einer Amtspflicht im weiteren Sinne muß dann, weil es sich nicht um Verletzung einer lediglich für Beamte gegebenen Vorschrift handelt, unter die Deliktsgruppen der §§ 823ff. subsumiert werden.[2]) Nichts zwingt aber zu solch enger Auslegung des Begriffes; im Gegenteil, die freiere Interpretation, welche auch die Fälle der Verletzung einer Amtspflicht im weiteren Sinne unter § 839 stellt, entspricht nicht nur der eben dargelegten Bedeutung des § 839 als sedes materiae für die Frage der Beamtenhaftpflicht, sondern gelangt auch zu brauchbareren praktischen Resultaten.[3])

§ 839 spricht aber nicht von der Verletzung einer Amtspflicht schlechthin, sondern von der Verletzung einer dem Beamten „einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht".[4]) Den Gegensatz bilden diejenigen Amtspflichten,

---

gewonnen wird, während bei der Beamtenhaftpflicht dies gerade umgekehrt sich verhält.

[1]) Planck, BGB. 2 [1] u. [2] (1900), 638.

[2]) So z. B. Reiner a. a. O. 14 f. — Gegen diese Ansicht insbesondere Delius a. a. O. 28.

[3]) Reiner a. a. O. 15 veranschaulicht tabellarisch, in welches Gedränge seine Ansicht führt hinsichtlich der Deckung der durch Amtsdelikte erwachsenden Schäden durch den Staat.

[4]) vgl. RG. 46, 213.

die dem Beamten nur dem Staat gegenüber obliegen. Hierher gehört vor allem die große Zahl der Dienstesinstruktionen, welche häufig bloße Ordnungsvorschriften sind. Ob eine verletzte Dienstvorschrift nur eine interne, disziplinarisch verfolgbare Pflicht des Beamten gegenüber dem Staate oder jedem Dritten gegenüber begründet, ist Auslegungsfrage für den einzelnen Fall.[1] „Vielleicht wird man generell sagen können, daß eine Verpflichtung dem Dritten gegenüber stets dann anzunehmen ist, wenn dem Dritten ein Rechtsmittel oder ein Beschwerderecht zusteht.“[2]

Aber auch die Verletzung einer Amtspflicht, die dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegt, zieht nur dann eine Haftung für Schadensersatz nach sich, wenn die Verletzung eine vorsätzliche oder fahrlässige ist.[3] Von erheblich praktischer

[1]) Vgl. das interessante, aber viel angefochtene — z. B. von Delius i. DJZ. 1904 S. 530 — Urteil des RG. vom 20. 2. 1902 (JW. 1902 Beil. S. 214): Haftung der Beamten für eine falsche Auskunft, zu deren Erteilung er nicht verpflichtet war; denn Amtspflichtverletzung ist auch gegeben, wenn der Beamte nur befugt war, nach freiem oder pflichtmäßigem Ermessen in der fraglichen Richtung amtlich zu handeln. — Für den Gvz. vgl. das schon oben S. 18 Note 1 zit. Art. des RG. 51, 259 über seine Haftung wegen fehlerhafter Zustellung und RG. 51, 186: Haftung des Gvz., der die Versteigerung gepfändeter Gegenstände mit Rücksicht auf ein Vorzugsrecht des Vermieters weiter ausgedehnt hat, als „zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung“ (§ 818 ZPO.) erforderlich war.

[2]) So Planck a. a. O. 639; ebenso Enneccerus-Lehmann a. a. O. 772; Oertmann, Kommentar zum BGB., R. d. Schuldverh. 1899 S. 577 Note 2 zu § 839.

[3]) Das Verschulden bezieht sich nur auf die Amtspflichtverletzung, nicht auf die Schädigung; so v. Liszt, Deliktsobl. 44; Neumann a. a. O. Note I, 3 zu § 839; Enneccerus-Lehmann a. a. O. 772. — Daß, wie Laband (Staatsrecht 1, 413 ff., behauptet, nach § 13 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. 3. 1873 die Reichsbeamten auch ohne Verschulden haftbar seien, ist unrichtig. § 13 will nur besagen, daß „die nach dem allgemeinen Recht begründete Verantwortlichkeit der Be-

Bedeutung ist speziell das fahrlässige Amtsdelikt, das „Versehen“.[1] — Da müssen wir nun zunächst feststellen, daß der Begriff der Fahrlässigkeit in den §§ 823 ff. unmöglich ein anderer sein kann als der in § 276, — wie wir ihn oben[2] bei Erörterung der schuldnerischen Haftung des Gvz. dargelegt haben. Im Strafrecht allerdings, wo die Strafbarkeit einer Tat in Frage steht, aber auch nur da rechtfertigt sich ein individueller Maßstab, werden mit Recht all die Momente, aus denen der Persönlichkeit des Täters gegenüber die Vorhersehbarkeit des Erfolges zu folgern ist, abgewogen; dagegen muß für das Zivilrecht, wo es sich nur um die Schadensersatzpflicht handelt, lediglich eine objektive Verfehlung gegen „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ maßgebend sein. Und da es sich in den §§ 823 ff. — genau so wie im Gebiete des Vertragsrechts bei Schädigungen des Vertragsgegners durch eine Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 — doch nur um Schadensersatz handelt, auch das Gesetz absolut keinen Anhalt für eine verschiedene Auffassung des Fahrlässigkeitsbegriffs[3] bietet, so besteht kein Grund, die „Erfolgshaftung“[4] des § 276 und ihren objektiven Maßstab nicht auch auf die §§ 823 ff. — also auch auf § 839 — zu übertragen. Wir lehnen daher die Ansicht derer[5] ab, die

---

amten in Ansehung der gerichtlichen Verfolgbarkeit besonderen reichsrechtlichen Beschränkungen nicht unterliege“ (v. Grimm i. Arch. f. Post und Telegraphie 1901 S. 8).

[1] vgl. darüber die ausführlichen Darlegungen bei Delius a. a. O. 29—36. Der Grad der Fahrlässigkeit ist gleichgültig; vgl. RG. 51, 191.

[2] S. 16 ff.

[3] Diese Auffassung findet sich z. B. bei Meltz a. a. O. 17 ff.; — dagegen die herrschende Meinung wie oben z. B. Achilles a. a. O. Vorbem. zu §§ 276 ff.; Neumann a. a. O. Vorbem. zu §§ 823 ff. C II, 1.

[4] Meltz c. l.

[5] Meltz c. l.; auch Klewitz, Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen 1891 S. 20 ff.; vgl. auch Hüffener, Die

eine individualisierte, je nach dem Maßstab der eigenen Urteilsfähigkeit und Einsicht des Beamten abgestufte Sorgfalt angewendet wissen wollen. Dieses Individualisieren führt ja schließlich dahin, daß man in offenbarem Widerspruch mit dem Gesetze den Beamten für culpa in concreto anstatt für omnis culpa haften läßt. Überdies entspricht der individuelle Maßstab keineswegs dem Interesse des Geschädigten, der regelmäßig ohne die Möglichkeit einer Auswahl denjenigen Beamten angehen muß, dem der Staat die betreffende Funktion (z. B. des Gvz.) übertragen hat; ja man darf sagen, die Durchführung der gegnerischen Ansicht gefährdet die ganze praktische Bedeutung der Beamtenhaftpflicht: denn in den weitaus meisten Fällen wird dem Kläger, dem der Nachweis eines schuldhaften Verhaltens des Beamten als der klagebegründenden Tatsache obliegt, kein anderer Anhaltspunkt zu Gebote stehen als ein objektiver Fehler auf seiten des beklagten Beamten.

Der Maßstab, den wir anlegen, ist also kein individueller; allerdings verlangen wir auch nicht etwa die Sorgfalt eines ideal vollkommenen Beamten, sondern beschränken uns auf diejenige, wie sie der „ordentliche Berufsgenosse“,[1]) der „pflichtgetreue Durchschnittsbeamte“[2]) anzuwenden pflegt. Als Hauptfälle beamtlichen Verschuldens kommen insbesondere in Betracht: Nichtbeachtung von Gesetzen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften, deren Kenntnis bei jedem Beamten vorausgesetzt werden kann, speziell also

---

zivilrechtl. Verantwortlichkeit der Beamten, Jenaer Dissert. 1901, 23; Nöldecke in Gruchots Beitr. 42 (795 ff.), 813 und Hagen, ebenda 43 (841 ff.), 851. — Mit obigen Ausführungen übereinstimmend insbesondere Delius a. a. O. 30 ff.

[1]) Dernburg a. a. O. 2 § 63 II, 2d; oben S. 17.

[2]) Delius i. DJZ. 1904, 529.

auch Nichtkenntnis der für sein Ressort maßgebenden Bestimmungen. In dieser Hinsicht ist z. B. gerade für den Gvz. in § 1 Ziff. 2 der Geschäftsanweisung für Gvz. in Preußen vom 12. 12. 1899 (JMBl. 621) eine bemerkenswerte Vorschrift gegeben; sie lautet: „Die Anweisung soll dem Gvz. das Eindringen in das Verständnis der Gesetze erleichtern; sie entbindet ihn aber nicht von der Verpflichtung, sich eine genaue Kenntnis dieser Vorschriften aus dem Gesetze selbst anzueignen. Insbesondere muß der Gvz. mit den Vorschriften der ZPO. über Zustellung und Zwangsvollstreckung, sowie des BGB. über den Besitz und über den Erwerb und Verlust von Rechten, besonders Pfandrechten an beweglichen Sachen und an Forderungen genau vertraut sein. Jeder Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift kann den Gvz. seinem Auftraggeber oder dem Schuldner gegenüber zum Schadensersatz verpflichten."

Außer dem Vorhandensein eines „Verschuldens" — im Sinne des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit — muß als weitere, eigentlich selbstverständliche Voraussetzung der Beamtenhaftpflicht zweierlei gegeben sein: einmal muß ein wirklicher Schaden[1]) entweder bereits eingetreten oder doch mit juristischer Gewißheit zu erwarten sein, nicht etwa bloß im Lichte einer zukünftigen Möglichkeit erscheinen; sodann müssen das schuldhafte Verhalten des Beamten und der Schadenseintritt im Verhältnis von Ursache und Wirkung zueinander

[1]) Vermögensschaden — über diesen Begriff vgl. v. Liszt, Deliktsobligationen 62 — ist nach §§ 249 ff. zu ersetzen; er erstreckt sich nach § 252 auch auf den entgangenen Gewinn; vgl. auch § 842. — Nichtvermögensschaden ist regelmäßig nach dem Restitutionsprinzip des § 249 Satz 1 durch Herstellung des Zustandes, der ohne den schädigenden Umstand bestände, zu reparieren; vgl. auch § 847 und § 253. — Meltz a. a. O. 32 ff.; Engelmann a. a. O. 448 ff., 187 ff.; Müller-Meikel a. a. O. 443 ff., 151 ff.; Krückmann a. a. O. 156, S. 171 ff.

stehen, d. h. zwischen Handlung und Schaden muß ein Kausalzusammenhang[1]) existieren.

Während es bei den allgemeinen Deliktsgruppen der §§ 823 ff. keinen Unterschied macht, ob dem Ersatzpflichtigen Vorsatz oder nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, ist es für die Beamtenhaftung von charakteristischer Bedeutung, daß hier im Falle des bloßen „Versehens", der Fahrlässigkeit, die Haftung nicht die gleich unbedingte ist wie im Falle des Vorsatzes. Ausdrücklich bestimmt § 839 Abs. 1 Satz 2: „Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag."[2]) Zur Begründung des auf fahrlässiger Amtspflichtverletzung beruhenden Schadensersatzanspruchs gehört also der — vom Kläger[3]) zu erbringende — Nachweis, daß er auf andere Weise, rechtlich oder tatsächlich, Ersatz nicht bekommen kann, — eine Vorschrift, durch welche die Beamtenhaftpflicht für diesen Fall zu einer bloß subsidiären herabgemildert wird. Nur wenn eine prinzipale Verpflichtung nicht vorhanden ist — weil

---

[1]) Delius a. a. O. 44; Zitelmann, R. d. BGB., Allgem. Teil 1900 155; Neumann a. a. O. Vorbem. zu §§ 823 ff. C IV, 2 sowie die unter Note 1 S. 26 Zitierten.

[2]) Eine ähnlich lautende Vorschrift enthielt schon § 91 II, 10 ALR.

[3]) So auch Delius a. a. O. 53; Meltz a. a. O. 37; Oertmann a. a. O. 578; Klewitz a. a. O. 110; Neumann a. a. O. Note I, 4 zu § 839. Dagegen geben Haffner, Die zivilrechtl. Verantwortlichkeit des Richters 1885 S. 74; Hüffener a. a. O. 27; Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen 1898 S. 101; Müller-Meikel a. a. O. 439; Nöldecke a. a. O. 813; Reiner a. a. O. 19 dem Beamten eine in ihren Voraussetzungen von ihm zu beweisende dilatorische Einrede der Vorausklage, eine Lösung der Beweispflichtfrage, welche bei der Bedeutung, die das thema probandum als Charakteristikum und Kriterium der Syndikatshaftung beansprucht, recht unbefriedigend erscheint; vgl. das von Delius in der DJZ. 1904 S. 530 mitgeteilte RG.-Urteil (51, 186), das keine grundsätzliche Entscheidung der Frage enthält.

weder dolus noch culpa noch ungerechtfertigte Bereicherung Dritter vorliegt — oder ein vorhandener Prinzipalverpflichteter unerreichbar oder unpfändbar ist, hört die Ersatzpflicht des Beamten auf, eine subsidiäre zu sein.[1])

Wenden wir diese Sätze auf die Haftung des Gvz. für Versehen an, so fragt es sich, ob nicht im Falle der Inanspruchnahme des Gvz. seitens des Schuldners oder eines Dritten der beauftragende Gläubiger als Prinzipalverpflichteter in Betracht kommen kann. Als „Beauftragter" (§§ 675, 665 BGB.) hat der Gvz. die Weisungen seines Mandaten zu befolgen, „soweit sie mit dem Inhalt des Vollstreckungstitels und den allgemeinen gesetzlichen oder reglementären Vorschriften nicht in Widerspruch stehen oder eine Abweichung nach § 665 BGB. berechtigt ist".[2]) In den Grenzen des „Auftrags" haftet deshalb auch an sich der Gläubiger als „Geschäftsherr" nach § 831 BGB. Diese Vorschrift ist aber gegründet auf das Verschuldungsprinzip, nur die Beweislast ist zum Nachteil des Bestellenden geregelt; im übrigen müssen auch hier die Voraussetzungen des § 823 gegeben sein.[3]) So wird denn auch mit Recht ein besonderes Verschulden des Gläubigers für diese Haftung verlangt.[4])

---

[1]) Delius a. a. O. 53 f.

[2]) Gaupp-Stein a. a. O. Note I A. 1 zu § 753.

[3]) Dernburg a. a. O. 2 § 387, 2; v. Liszt, Deliktsobl. 101; Müller-Meikel a. a. O. 434; Neumann a. a. O. Noten I 1, 2a, II 1a β γ zu § 831.

[4]) vgl. RG. 30, 422. — Gaupp-Stein a. a. O. Note 4 zu § 753 läßt deshalb den Gläubiger für gesetzlich unzulässige Vollstreckungshandlungen des Gvz. nur haften im Falle eines „speziellen Auftrags" (der Gläubiger richtet z. B. seinen Pfändungsauftrag ausdrücklich auf unpfändbare Gegenstände: RG. 14, 364, dort zitiert). In dieser Beziehung brachten die §§ 717 Abs. 2 und 945 ZPO. eine wichtige Neuerung: sie führen neben der Pflicht des Gläubigers zur Bereicherungserstattung eine vom Verschulden desselben unabhängige und schon im

Unter Umständen kann endlich die Ersatzpflicht des Beamten ganz wegfallen — nämlich dann, wenn das eigene Verschulden des Geschädigten konkurriert. Denn auch hier bleibt § 254 anwendbar, und es muß festgestellt werden, auf welcher Seite das überwiegende Verschulden liegt. Da nun das Verschulden zweifellos auch in der Nichteinlegung eines Rechtsmittels gefunden werden kann, so wäre an sich zu prüfen, inwieweit das darin liegende Verschulden des Geschädigten größer ist als dasjenige des Beamten. Für diesen Fall aber — den Fall also des vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichtgebrauchs eines Rechtsmittels, wozu auch die Beschwerde im Dienstaufsichtswege zu rechnen ist — schafft das Gesetz an Stelle der relativen Norm des § 254 in § 839 Abs. 3 [1]) eine absolute Vorschrift, indem es hier die Ersatzpflicht überhaupt und schlechthin ausschließt.[2])

§ 5.

Wenn der Gvz. in seiner Amtsführung dolos oder kulpos Schaden verursacht, so ist er, wie wir in § 4 dargelegt haben, persönlich haftbar — und zwar dem Gläubiger als „Schuldner" (§ 675 in Verbindung mit § 276), also in prinzipaler Weise auch für Fahrlässigkeit, dagegen dem Schuldner und Dritten als „Beamter" (§ 839) also für „Ver-

anhängigen Rechtsstreit zu verfolgende Ersatzpflicht des Gläubigers ein. Vgl. die Kommentare von Gaupp-Stein, Reincke, Petersen, Struckmann-Koch bei den genannten Paragraphen; Rothschild a. a. O. 99; Engelmann a. a. O. 461.

[1]) Er lautet: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden."

[2]) vgl. Neumann a. a. O. Note I, 5 zu § 839; Delius i. DJZ. 1904 S. 530; Reiner a. a. O. 19. — § 839 Abs. 3 gibt dem Beamten eine peremtorische Einrede.

sehen" nur subsidiär. — Angenommen nun, der Geschädigte erhebt Klage [1]) gegen den Gvz., der Klage wird stattgegeben [2]) und der Gvz. verurteilt, aber die Zwangsvollstreckung [3]) führt nicht zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers, weil der

[1]) Da alle Ansprüche gegen Beamte, die sich auf ihre Amtstätigkeit beziehen, ein öffentlich-rechtliches Moment enthalten, insofern stets auch Umfang und Inhalt der Befugnisse und der Amtspflicht derselben mit zur Entscheidung stehen, hat das Gesetz in § 70 Abs. 3 GVG. die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte — und sonach auch auf Grund des § 547 Ziff. 2 der ZPO. die ohne Rücksicht auf den Streitwert gegebene Zulässigkeit der Revision — als durch die Landesgesetzgebung begründbar erklärt für „Ansprüche gegen Beamte wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen". Vgl. für Preußen § 39 AG. z. GVG. v. 24. 4. 1878 (GS. 230) in der Fassung des Art. 130 AG. z. FGG. v. 21. 9. 1899 (GS. 249). Ansprüche, die sachlich unter diese Kategorie von Ansprüchen gegen Beamte gehören, unterliegen auch dieser Prozeßvorschrift, selbst wenn sie vom „Auftraggeber" erhoben werden; denn die zivilrechtlichen Normen, nach denen der Anspruch als solcher sich bestimmt, sind für die Zuständigkeitsfrage nicht maßgebend. Vgl. Wilmowski-Levy a. a. O. zu § 674 Note 3; Gaupp-Stein a. a. O. Note B 3 zu § 753; Jastrow a. a. O. 380 f.; dagegen verneint RG. 20, 388 diese Zuständigkeit für Ansprüche, die sich lediglich auf das zivilrechtl. Auftragsverhältnis gründen (z. B. Rückgabe des Schuldtitels; vgl. dazu v. Welck a. a. O. 553; Sydow-Busch, ZPO. u. GVG.[9] 1901 Note 12 zu § 70 GVG.

[2]) Aus der auch für die Zuständigkeitsfrage (s. Note 1) maßgebenden Erwägung heraus läßt das Gesetz in § 11 EG. z. GVG. die landesgesetzlich erforderte Vorentscheidung einer besonderen Behörde bei Verfolgung öffentlicher Beamten mit gewissen Beschränkungen unberührt. Vgl. für Preußen Art. 97 der VerfUrk. v. 31. 1. 1850 und Gesetz betr. d. Konflikte bei gerichtl. Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen v. 13. 2. 1854 (GS. 86), das durch § 11 EG. z. GVG. mit den sich aus denselben ergebenden Modifikationen in Kraft geblieben ist, auf Gvz. jedoch — wie auf richterliche Beamte und Notare — keine Anwendung findet. Vgl. Arndt, VerfUrk. f. d. pr. Staat[5] 1904 zu Art. 97.

[3]) vgl. bezüglich der Pfändungsprivilegien für Beamte ZPO. §§ 811 Ziff. 7 u. 8, 850 Abs. 1 Ziff. 8, Abs. 2, 4, 5; auch § 910.

Gvz. unvermögend ist oder wenigstens der zugefügte Schaden seine pekuniären Mittel übersteigt. Wo bleibt für solche Fälle die Garantie? Hat dann nicht der Staat für den Schaden resp. für den Ausfall des Geschädigten aufzukommen? — Diese Frage drängt sich förmlich auf; sie erhebt sich wie beim Gvz. so bei allen Beamten und ist seit langer Zeit Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung nicht nur, sondern auch parlamentarischer Bestrebungen. Auf die verschiedenste Weise suchte man das schwierige Problem der Staatshaftung rechtslogisch zu erfassen und wissenschaftlich zu begründen.[1]) Gewiß, manche Seite dieser zu den interessantesten der ganzen Jurisprudenz zählenden Frage ist aus den Diskussionen geklärt hervorgegangen;[2]) andere Ideen wiederum sind über Bord geworfen worden,[3]) eine herrschende Ansicht konnte aber

---

[1]) Über die historische Entwicklung des Problems vgl. insbesondere Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten 1879; ferner Piloty i. Annalen d. Deutschen Reichs 1888 S. 254 ff.; Dock i. Archiv f. öffentl. Recht 16, 244 ff., insbesondere 247—257; auch Rothschild a. a. O. 104 ff.; Delius a. a. O. 8 ff.; Klewitz a. a. O. 81 ff.; Reiner a. a. O. 30 ff.; Schefold a. a. O. 477.

[2]) vgl. insbes. die Ergebnisse der Untersuchungen von Pfeiffer (in den „Praktischen Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft" 2 1828) und Zachariae (in der Zeitschrift für d. ges. Rechtswissenschaft 19, 582 ff.), mitgeteilt von Loening a. a. O. 50 ff. Sie scheiden klar und scharf zwischen Handlungen der Beamten, vorgenommen in privatrechtlicher Vertretung oder in Ausübung öffentlicher Machtbefugnisse.

[3]) So ward im gemeinen Recht (noch von Zöpfl, Heffter, Stryk u. a.) mit Analogien der römischrechtl. actio institoria und exercitoria und der privatrechtl. Mandatshaftung operiert; vgl. Loening a. a. O. S. 35, 38 ff., 42 ff. u. Piloty, Reiner, Rothschild, Dock c. l. — Später beschränkte man sich auf die Argumentation mit staatsrechtlichen Gründen, insbesondere dem Verhältnis der Subjektion zwischen Staat und Untertan und dem der Repräsentation zwischen Staat und Beamten; vgl. Loening a. a. O. S. 48 ff., 96 ff., 101 ff. — Auf dem

nie konstatiert werden, bis in die neueste Zeit nicht.[1]) Alle die verschiedenen Versuche, die Haftung des Staates aus der Natur der Sache oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entwickeln, ein die Frage entscheidendes Prinzip zu finden, mag man sie nun[2]) als mißglückt bezeichnen oder nicht, beweisen jedenfalls das eine, daß man es zu allen Zeiten als

---

Boden der Subjektionstheorie steht z. B. von neueren Autoren Georg Meyer, Lehrb. d. deutschen Staatsrechts 1899 [5] § 149 S. 437.

[1]) Außer dem schon (s. Note 3 S. 31) erwähnten Georg Meyer seien aus der neueren Literatur noch zwei große Namen genannt: Otto Mayer und Gierke. Ersterer (Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 1896 §§ 53 u. 54 S. 345 ff.) sieht, an der staatsrechtlichen Natur der Frage festhaltend, den Grund der Staatshaftung in dem Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Entschädigung, einem alten Gewohnheitsrecht, das in allen Fällen der Handhabung öffentlicher Gewalt aus Gründen ausgleichender Gerechtigkeit zur Geltung kommen müsse (vgl. dazu v. Stengel i. Annalen d. d. R. 1901 S. 493 ff.. Gierke „Die Genossenschaftstheorie und d. deutsche Rechtsprechung 1887 S. 748 ff., 756 und Deutsches Privatrecht 1 1895 § 61) findet die Lösung des Problems in dem aus dem Wesen der Körperschaft als einer willensfähigen realen Gesamtperson folgenden Prinzip der Deliktsfähigkeit des Staates durch seine „Organe" (vgl. die gegen Schloßmann gerichtete geistvolle Polemik von Preuß i. Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik d. bürgerl. R. 1902 S. 429 ff. über das Thema: „Stellvertretung oder Organschaft?"). Im Sinne von Gierke und Preuß nehmen den Beamten als Organ, den Staat als deliktsfähig, als haftend für eigene Schuld, z. B.: v. Stengel a. a. O. 490 Note 2; Bamberg, Zur Lehre von der Deliktsfähigkeit der jur. Personen, Greifswalder Diss. 1898, S. 67 f.; Sternberg, Allgem. Rechtslehre II. Teil 1904 S. 42; Engelmann a. a. O. 63 f., 57; Staudinger, BGB. 1 (1903) S. 89, 123; Rothschild a. a. O. 114; Rehbein, BGB. 1 (1899) S. 46, 32 u. a.; den entgegengesetzten Standpunkt, den der Fiktionstheorie, nehmen z. B. ein: Loening a. a. O. passim; Berendes, Delikt u. Haftung d. jur. Personen, Erlanger Diss. 1891, S. 40, 75 u. a. Das BGB. läßt die Frage der Deliktsfähigkeit des Staates offen.

[2]) Mit Loening a. a. O. S. 109 ff., 134 u. Piloty a. a. O. S. 265 ff., 271 ff.

ein Gebot der aequitas empfand, den Staat für seine Beamten haften zu lassen. — Wie aber hat das große legislatorische Ereignis an der Wende des Jahrhunderts, unser Reichszivilgesetzbuch, in den Streit der Theorien eingegriffen, und wo finden wir die Antwort auf die zur Diskussion stehende Frage?

§ 6.

Um all den Verschiedenheiten der Auffassung, welche in Theorie und Praxis[1]) über das Problem der Haftung des Staates für Beamte hervorgetreten sind, Rechnung zu tragen, hat das BGB. vor einer umfassenden reichsrechtlichen Regelung der Materie sich gescheut. Es hält zunächst grundsätzlich an der Unterscheidung[2]) zwischen privatrechtlichen und hoheitlichen Verrichtungen der Beamten fest und stellt dementsprechend die Haftung des Staates für Handlungen seiner Beamten darauf ab, ob in ihnen der Staat als Fiskus oder als Träger der Staatsgewalt zur Erscheinung kommt. Im ersteren Falle kommen die §§ 89, 31, also Reichsrecht, im letzteren Art. 77 des EG., also Landesrecht, zur Anwendung.

Daraus erhellt die große praktische Wichtigkeit der Frage, wann der Staat durch seine Organe[3]) als Träger von Hoheitsrechten und wann er als Fiskus handelt — eine Frage, die für jeden einzelnen Fall gelöst werden muß und bei dem Ineinanderfließen der Grenzen zwischen fiskalischem und hoheitlichem Handeln oft genug erhebliche Schwierigkeiten bereiten wird.[4])

[1]) vgl. Loening a. a. O. 115 f.; Piloty a. a. O. 259.

[2]) vgl. oben 31 Note 2 und Loening a. a. O. S. 53 ff., 93 ff.

[3]) vgl. oben S. 32 Note 1 a. E.

[4]) Für diese schwierige Abgrenzung gibt Dernburg a. a. O. 1 § 70, II die Mahnung: „in dubio contra fiscum", und Hatschek in seiner glänzenden Abhandlung: „Die rechtliche Stellung des Fiskus

Freilich für unseren Fall, für die Frage nach der Haftung des Staates für die Gvz., kann man darüber wohl nicht im Zweifel sein, daß wir in dem Gvz. einen Beamten erblicken, dessen Tätigkeit ganz und gar auf öffentlich-rechtlichem, hoheitlichem, also nichtfiskalischem Gebiete liegt; er vertritt in seinen Amtshandlungen nicht etwa den Staat als Fiskus, den Staat in seinen privatrechtlichen, seinen Vermögensverhältnissen, sondern einzig und allein den Staat als den Inhaber von Hoheitsrechten, er besorgt nicht „wirtschaftliche“ [1]) Angelegenheiten des Staates, sondern handelt in Ausübung staatlichen Zwangsrechts, „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt“.

Nun könnte man vielleicht einwenden, daß sich die Ausübung der öffentlichen Gewalt bei der ihm zugewiesenen Zwangsvollstreckung doch nicht gegen den Gläubiger richte, in dessen Auftrage der Gvz. tätig werde, sondern lediglich gegen den Exequendus, den Schuldner. — Darauf ist zu erwidern, daß die Ausübung eines Hoheitsrechtes keineswegs notwendig in der Ausübung eines staatlichen Zwangsrechts besteht, sie kann fraglos auch einen Akt des staatlichen Schutzes, der staatlichen Fürsorge darstellen.[2])

---

im BGB.“ i. Verwaltungsarchiv 7, 424 ff. gibt für die Interpretation des § 89 die Richtschnur: „Bis hart an die Grenze des Staates als Trägers der Staatsgewalt muß der ‚Fiskus‘ geführt werden“ (468). Im Gegensatz zur herrschenden Meinung — Dernburg c. l.; Loening a. a. O. 106; v. Stengel a. a. O. S. 481, 482 Note 1, 483 Note 1; Heilfron, Lehrbuch d. bürg. R., Allgem. Tl.[2] 1900 S. 196; Delius a. a. O. 3 ff.; derselbe in DJZ. 1904 S. 526 f.; Schefold a. a. O. 468 ff.; Dock a. a. O. 257 — versicht er den Dualismus von Staat und Fiskus und stellt unter den Fiskusbegriff nicht bloß den Staat in privatrechtlichen, sondern auch in öffentlichen Vermögensverhältnissen, insbesondere also auch die sogen. gemischten Rechtsverhältnisse.

[1]) So v. Krais a. a. O. 492.

[2]) vgl. das Urt. des OLG. Kolmar in Puchelts Zeitschr. für deutsches bürgerl. Recht u. franz. Zivilr. 34, 173 ff., bestätigt durch RG.

Darnach steht fest, daß für unsere Frage Art. 77 des EG. zum BGB. sedes materiae ist; aus ihm bezw. aus dem auf ihm beruhenden Landesrecht müssen wir also die Antwort auf unsere Frage schöpfen.

§ 7.

Art. 77 des EG. zum BGB. lautet: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates [1]) . . . für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat . . . haftet."

Nur von dem Ersatz des von einem Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schadens handelt der Vorbehalt des Art. 77. — Während die Haftung für den Schaden, welcher von einem Beamten in Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen in privatrechtlichen Verhältnissen [2]) einem Dritten zugefügt wird, sich nach BGB. §§ 31, 89 oder — wenn es sich um die Erfüllung eines Schuldverhältnisses handelt — nach BGB. § 278 richtet, ist die Haftung des Staates für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anver-

56, 84, wo die Ablieferung gepfändeten Geldes durch den Gvz. an den Gläubiger als eine Amtshandlung charakterisiert wird, die in den Bereich des dem Gvz. auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung eingeräumten Imperiums falle.

[1]) Unter den Begriff des „Staates" im Sinne dieses Artikels fällt auch das Deutsche Reich, das in Ansehung der Haftung denselben Gesetzen unterworfen ist wie der Bundesstaat, in dessen Gebiet der die Haftung begründende Tatbestand sich verwirklicht hat; vgl. RG. 54, 198.

[2]) vgl. z. B. RG. 25, 354; 52, 369.

trauten öffentlichen Gewalt einem Dritten zugefügten Schaden, als mit dem öffentlichen Recht im nächsten Zusammenhang stehend, durch Art. 77 der landesgesetzlichen Regelung vorbehalten.[1]) Aus den Protokollen (I 609—611, II 670, IV 410) erhellt mit aller Deutlichkeit, daß der Ausdruck „öffentliche Gewalt" lediglich zu dem Zwecke aufgenommen wurde, um den Gegensatz zu den Handlungen fiskalischer Vertretung des § 89 resp. § 31 völlig klarzustellen.[2]) Dieser Gegensatz ergibt sich mit Evidenz auch daraus, daß das Gesetz in Art. 77 von der Haftung des „Staates", in § 89 BGB. aber von der Verantwortlichkeit des „Fiskus" redet.[3]) Es ist auch durchaus herrschende Ansicht,[4]) daß der Gegensatz des Art. 77 zu § 89 als ein solcher der Betätigung staatlicher Hoheitsrechte gegenüber den Handlungen fiskalischer Vertretung aufzufassen sei, und nur von einer Seite ist unseres Wissens der allgemeinen Auffassung widersprochen worden. Scherer[5]) will nämlich in Art. 77 eine bloße Erweiterung des § 89 sehen, den er selbst auch auf die Haf-

[1]) vgl. oben S. 33.

[2]) vgl. RG. 55 Nr. 42.

[3]) Darin findet Hatschek in der oben S. 33 Note 4 zit. Abhandlung einen Hauptstützpunkt seiner Theorie vom Dualismus zwischen Staat und Fiskus. Mit Recht betont aber das RG. in Puchelts Zeitschr. 34, 352, daß „den Gegensatz zwischen Art. 77 und § 89 nirgends eine Verschiedenheit des Begriffes ‚Staat' bildet, sondern lediglich die Art und das Gebiet der Handlung des Beamten, nämlich ob sie sich auf dem Gebiete des Privatrechts oder dem des öffentlichen Rechts bewegte".

[4]) z. B. Neumann a. a. O. Note 2 zu § 89, zu Art. 77 Noten I 1, 2; Krückmann a. a. O. 52; Müller-Meikel a. a. O. 66; Staudinger, BGB. 1, 210; Rehbein, BGB. 1 (1899), 33f.; die Kommentare z. EG. von: Staudinger, BGB. 6 (1900); Planck, BGB. 6 (1902); Niedner[2] 1901 und Kuhlenbeck, BGB. 3 (1901) zu Art. 77.

[5]) BGB. 1 (Allg. Teil 1897) S. 85, 498ff.

tung für Handlungen nichtfiskalischer Vertretung Anwendung finden läßt. Dazu verleitet ihn aber mit Unrecht die Fassung des § 89, der „entsprechende Anwendung" des § 31 auf den Fiskus vorschreibt. Ebenso folgert er aus dem Wortlaut des Art. 77, daß dieser nur „die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung", nicht etwa auch die über die Nichthaftung des Staates unberührt lasse. Dazu zwingt aber die Fassung des Artikels keineswegs; diese Interpretation erscheint uns vielmehr als eine — auch rein sprachlich — unhaltbare Urgierung der Wendung „Vorschriften über die Haftung", die doch nicht notwendig eine lediglich positive Bedeutung hat. Scherers Auffassung[1]) widerspricht aber auch direkt dem aus den Motiven[2]) klar ersichtlichen Sinn und Zweck des Vorbehalts in Art. 77: dieser Artikel betrifft eine Frage des öffentlichen Rechts, deren Entscheidung — in bejahendem oder verneinendem Sinne — eben wegen ihrer publizistischen Natur[3]) der Landesgesetzgebung überlassen werden sollte.

Im Art. 77 handelt es sich um staatliche Deckung von Schäden, verursacht in Ausübung „öffentlicher Gewalt": das führte uns zur Erkenntnis der Stellung des Artikels zu § 89 BGB. Art. 77 spricht aber ferner von Schäden, zugefügt „in Ausübung" öffentlicher Gewalt, und „vom Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen": darin erkennen wir eine — wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochene[4]) — Bezugnahme auf § 839

[1]) Sie führt ihn in seinem Kommentar zum EG. 104 (1900) zu der Konsequenz, alle die landesgesetzlichen Vorschriften, die den Staat von der Haftung zu entbinden suchen oder ihm die vorteilhaftere Stellung eines Bürgen geben, als unzulässig zu erachten.

[2]) 1, 103.

[3]) Dock a. a. O. 278; Rothschild a. a. O. 102; Schefold a. a. O. 477.

[4]) Wir werden sehen, daß die Ausführungsgesetze zumeist den fraglichen Paragraphen zitieren.

BGB. Art. 77 setzt Benachteiligungen Dritter voraus, die eine Verantwortlichkeit des Beamten, ein Recht des Beschädigten auf Ersatzleistung seitens des Beamten begründen, Handlungen des Beamten also, die ihn haftbar machen nach den Grundsätzen der Syndikatsklage, nach § 839 BGB.[1]) — nicht etwa nur nach § 823[2]); denn Art. 77 bezieht sich ausdrücklich nur auf die von den Beamten „in Ausübung" der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt — nicht bloß „bei Gelegenheit" derselben — zugefügten Schäden.[3]) Für Handlungen der letztgenannten Art ist nach Art. 77 auch nicht der Staat, in dessen Dienst der Beamte steht, sondern dieser selbst und allein verantwortlich. Art. 77 erstreckt sich demnach auf alle Fälle der nach § 839 vertretbaren Amtspflichtverletzungen in Ausübung öffentlicher Gewalt. — Inhaltlich bedeutet er nichts weniger als die Modifikation des § 839 in einer Weise, welche die ganze Regelung der Beamtenhaftpflicht zum subsidiären Rechte stempelt.[4]) Aus Art. 77 verb. m. Art. 3 u. Art. 218 des EG. z. BGB. ergibt sich nämlich für die landesgesetzliche Regelung der vorbehaltenen Materie ein Spielraum, der nur durch zwei Sätze eingeschränkt ist: erstens gelten die landesgesetzlichen Vorschriften nur, soweit reichsgesetzlich[5]) nichts anderes bestimmt ist; zweitens können die

[1]) vgl. oben S. 20 ff.

[2]) vgl. oben S. 20—22.

[3]) v. Krais a. a. O. S. 297, 305 f., 309, 324; Endemann a. a. O. 917; Reiner a. a. O. 15.

[4]) Rothschild a. a. O. 101; Hüffener a. a. O. 41; Hachenburg a. a. O. 438.

[5]) Für die Grundbuchbeamten ist kraft Reichsrechts nach dem Vorgang und unter Verschärfung der im preuß. Recht bisher vereinzelt gebliebenen Bestimmung des § 29 der GBO. v. 5. 5. 1872 (GS. 426) eine Ausnahme getroffen, indem § 12 der GBO. vom 24. 3. 1897 (Neufassung: 20. 5. 1898) die in § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Grundbuchbeamten dem Staate aufbürdet.

partikulären Festsetzungen die Beamtenhaftpflicht niemals so modifizieren, daß der Geschädigte weder den Staat noch den Beamten wegen Entschädigung in Anspruch nehmen kann.[1])

Im übrigen hat die Landesgesetzgebung, wenn sie überhaupt von der in Art. 77 gegebenen Ermächtigung Gebrauch machen will, völlig freie Hand[2]): sie kann also die Haftpflicht des Staates überhaupt versagen,[3]) sie kann eine solche zwar festsetzen, aber nur subsidiär hinter dem fruchtlos in Anspruch genommenen, prinzipalverpflichteten Beamten, sie kann sie ferner als eine prinzipale normieren — und zwar entweder solidarisch neben dem Beamten oder an Stelle desselben und unter dessen Subsidiarhaftung; endlich steht der Landesgesetzgebung nach der positiven Vorschrift des Satz 2 von Art. 77 frei, die gesamte Beamtenhaftpflicht abzuschaffen und sich selbst zum Ersatzpflichtigen zu machen,[4]) sei es mit, sei es ohne Regreßrecht gegen den Beamten.

Aus dieser Zusammenstellung ergibt sich, daß die Partikularrechte den Geschädigten nicht schlechter, wohl aber besser stellen können — insofern, als er etwa durch Landesgesetz an Stelle des vielleicht nicht ersatzfähigen Beamten in dem Staate einen zahlungsfähigen Verpflichteten erhält.

§ 8.

Infolge des Vorbehalts in Art. 77 EG. z. BGB. ist der Rechtszustand in den verschiedenen Gebieten des Deutschen Reiches ein unerfreulich ungleichartiger;

---

[1]) Neumann a. a. O. Note II 1 zu Art. 77; v. Krais a. a. O. 292; Kuhlenbeck, EG. z. BGB. 122.

[2]) Niedner a. a. O. 162 f.; v. Krais a. a. O. 192 f.; Staudinger, EG. z. BGB. 113.

[3]) vgl. oben S. 37, auch Note 1 daselbst.

[4]) Delius a. a. O. 15.

seine Betrachtung ergibt ein gar buntes Bild. Denn eine Reihe von Staaten hat von ihrem Rechte der Sonderregelung überhaupt keinen Gebrauch gemacht, so daß hier das bisherige Recht gilt; andere haben zwar in ihren Ausführungsgesetzen zum BGB. Bestimmungen getroffen, aber sie weichen in wesentlichen Punkten voneinander ab.

Im größten Einzelstaat, in Preußen, ist der Rechtszustand sogar ein verschiedener in den einzelnen Teilen der Monarchie: hier herrscht in den Landesteilen mit bisher französischem Recht[1]) ein anderer Rechtszustand als im übrigen Königreiche, den Gebieten des Allgemeinen Landrechts[2]) (ALR.) und des gemeinen Rechts.[3]) Sein AG. z. BGB. v. 20. 9. 99 regelt die Materie überhaupt nicht; die einzige hierauf bezügliche Bestimmung findet sich im Art. 89 Ziff. 2 jenes Gesetzes, durch welche der Art. 1384 des Rheinischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (code civil),[4]) „soweit er auf die Haftung des Staates für die von seinen Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt Anwendung findet", für nicht aufgehoben erklärt wird. Es ist zu beachten, daß er nicht als fortgeltend bezeichnet wird, sondern lediglich als nicht aufgehoben; sonach ist zu prüfen, ob er noch zu Recht besteht[5]) — eine Frage, die recht

[1]) Rheinprovinz, ausgenommen die niederrheinischen Kreise, wo das ALR., und den Justizsenat Ehrenbreitstein, wo gem. Recht gilt.

[2]) Ost- u. Westpreußen, Posen u. Pommern, Schlesien u. Brandenburg, Sachsen u. Westfalen (in ungefährer Angabe).

[3]) Hannover, Hessen-Nassau, Holstein, Hohenzollern (in ungefährer Angabe.

[4]) Er lautet: „Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leur domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés."

[5]) vgl. darüber v. Grimm a. a. O. 9 ff.; Crusen-Müller, D. preuß. AG. z. BGB. 1901 S. 730, 781; Stranz-Gerhard, D. preuß. AG. z. BGB. 1900 S. 470; Hodler, D. preuß. AG. z. BGB. 1900 S. 374; Förtsch i. DJZ. 1900 S. 21 f.

zweifelhaft erscheint mit Rücksicht darauf, daß der Artikel nach Inhalt und Zusammenhang an sich rein privatrechtlichen Charakter trägt und nur von der französischen Jurisprudenz auf Schadenszufügungen in öffentlicher Gewalt ausgedehnt wurde. Denn ist er eine privatrechtliche Vorschrift, so ist er schon durch Art. 55 des EG. z. BGB. ohne weiteres aufgehoben; hat er indes publizistischen Charakter, dann ist er allerdings durch Art. 77 in seiner Fortgeltung gedeckt.[1][2] — „Keinenfalls besteht also für die Rheinprovinz eine zweifellose Vorschrift."[3]

Für das ganze übrige Gebiet der preußischen Monarchie muß die Frage der Staatshaftung verneint werden.[4]

Was das Gebiet des ALR.[5] anbetrifft, so geht dies hervor zunächst aus diesem Gesetzbuche selbst, das eine prinzipielle[6] Lösung der Frage gar nicht versucht hat; sodann auch aus der Praxis der höchsten Gerichte. So hat das Obertribunal für das Gebiet des ALR. stets daran festgehalten, daß „nach allgemeinen Grundsätzen der Staat als solcher für

[1] Vom C. c. sind nach Crusen-Müller a. a. O. 778 auch die öffentlich-rechtl. Vorschriften — im Gegensatz zu denen des ALR. und gem. Rechts — aufgehoben, bedürfen also zur Weitergeltung der Deckung durch einen Vorbehalt.

[2] Übrigens haftete der Staat nach frz. Recht — trotz der sonstigen primären Haftung — für Sportelbeamte, also auch Gvz., ausnahmsweise nicht; vgl. Rothschild a. a. O. 113 f.; Scherer, BGB., Allg. T., zu § 89 Note 8.

[3] So Dernburg, BR. Bd. 1 § 70, II Note 5.

[4] vgl. die Allerh. Kab.-Order v. 4. 12. 1831 (GS. 255), nach der V. v. 16. 9. 1867 (GS. 1515) auch auf die neuerworbenen Landesteile ausgedehnt.

[5] vgl. Delius a. a. O. 15; Kuhlenbeck, BGB. I (1899), 21; Rehbein, BGB., 2, 103; Hüffener a. a. O. 48; Scherer, Die fünf ersten Jahre des BGB., 1905, S. 56.

[6] vgl. die singuläre Haftung des Patrimonialgerichtsherrn nach Mandatsgrundsätzen für culpa in eligendo seu custodiendo: ALR. II 17 §§ 90—97; Loening a. a. O. 46.

die bei Regierungsakten vorkommenden unerlaubten Handlungen seiner Beamten niemals hafte, sondern nur auf Grund positiver Vorschriften".[1]) Desgleichen sagt das RG. in einem Erkenntnis v. 8. 10. 86[2]): „Im Gebiete des ALR. fehlt es an jedem Anhalte, eine privatrechtliche Haftung des Staates für solche Handlungen der Beamten anzunehmen, welche sie in ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung als ausführende Organe des Inhabers der Staatshoheitsrechte vorgenommen haben, soweit solche Haftung nicht in einem Spezialgesetz sanktioniert ist."

Für das Gebiet des gemeinen Rechts[3]) ist gleichfalls davon auszugehen, daß der Staat nicht haftet. Es kennt keinen Rechtssatz, wonach eine Haftung des Staats für Schadenszufügung durch Beamte in Betracht käme. Deshalb verneint auch das RG. in den meisten Fällen die Staatshaftung für Verschulden von Beamten bei Funktionen öffentlich-rechtlichen Inhalts.[4])

Es ergibt sich also de lege lata für Preußen, daß höchstens in der Rheinprovinz eine Staatshaftung in Betracht kommt, wenn man nämlich — wie oben[5]) gezeigt — die öffentlich-rechtliche Natur des Art. 1384 des C. c. anerkennen will. Für das ganze übrige Gebiet muß der Geschädigte, da ihm der Nachweis eines eventuellen Gewohnheitsrechts[6])

[1]) Loening a. a. O. 115.

[2]) Bolze, Praxis 3, 246, zit. bei Müller, D. preuß. Justizverwaltung 1[5] (1901), 478.

[3]) vgl. Scherer c. l.; Piloty a. a. O. 259 ff.; Klewitz a. a. O. S. 81 ff., 91; Berendes a. a. O. 68; Loening a. a. O. S. 104 110 ff., 134; vgl. auch oben S. 31 Note 3.

[4]) Z. B. RG. 11, 206 (keine Haftung für Unterschlagung eines Gvz.); RG. 33, 206 (zit. bei Müller c. l.); ferner RG. 17, 205 und 29, 142 (zit. bei Rothschild a. a. O. 115).

[5]) S. 41.

[6]) Aus Artt. 2 u. 3 EG. z. BGB. ergibt sich die Zulässigkeit der Entstehung eines partikulären Gewohnheitsrechtes auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten; vgl. Staudinger, BGB. 1, 8; Enneccerus-Lehmann a. a. O. 24; Dock a. a. O. 277.

kaum gelingen dürfte, sich damit abfinden, daß ihm der Beamte und nur der Beamte haftet.

Auch das Königreich Sachsen hat in seiner Ausführungsgesetzgebung keine Bestimmung getroffen. Allein hier hat sich in Anlehnung an ein Reskript v. 18. 10. 1796[1]) eine gewohnheitsrechtliche Haftung des Staats entwickelt für diejenigen Ansprüche, welche gegen seine mit Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Befugnisse betrauten Beamten „wegen Verschuldung in Ausübung derselben erwachsen sind". — Da „Gesetz" im Sinne des EG. z. BGB. jede Rechtsnorm ist (vgl. Art. 2 EG.), also auch das Gewohnheitsrecht, und Art. 77 die Vorschriften der Landes„gesetze" unberührt läßt, so bleibt diese gewohnheitsrechtliche Haftung in Kraft (vgl. Art. 3 EG.).[2])

Eine Reihe von Staaten — nämlich: Braunschweig, Oldenburg, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Meiningen, Schwarzburg-Rudolstadt, Waldeck, die beiden Lippe und die drei Hansestädte — lassen in ihren Ausführungsgesetzen gleichermaßen jede generelle[3]) Regelung unserer Frage vermissen. Hier kommt man — wie im nichtrheinischen Preußen — zu dem Ergebnis, daß der Staat mangels gesetzlicher Vorschriften[4]) und mangels eines Gewohnheitsrechtes[5]) nicht haftet, sondern der Gvz. allein.

Alle anderen, bisher nicht genannten Staaten haben zwar in ihren Ausführungsgesetzen Stellung genommen zu unserer Frage, jedoch unter sich in der verschiedensten Weise.

[1]) Abgedruckt bei Delius a. a. O. 114.

[2]) vgl. die bei Scherer, Die ersten 5 Jahre d. BGB., zu Art. 77 unter Nr. 120 mitgeteilten Entsch. d. RG. und des OLG. Dresden.

[3]) Nur das in § 12 GBO. (vgl. S. 38 Note 5) vorbehaltene Rückgriffsrecht des Staates gegen Grundbuchbeamte finden wir überall mit besonderen Bestimmungen bedacht in den AG. z. BGB. oder GBO.

[4]) vgl. das Edikt v. 18. 4. 1831 für S.-Altenburg, abgedruckt bei Delius a. a. O. 10 f. und Loening a. a. O. 111 f.

[5]) vgl. S. 42 Note 6.

In Anhalt[1]) und den beiden Mecklenburg[2]) haftet der Staat „für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten zufügt, nur insoweit, als eine solche Haftung durch Reichsgesetz oder für gewisse Rechtsverhältnisse durch Landesgesetz vorgeschrieben ist". Damit ist ausgesprochen nicht nur, daß sie eine allgemeine Haftpflicht des Staates ausdrücklich ablehnen, sondern auch, daß sie ein eventuell vorhandenes Gewohnheitsrecht aufheben.

Eine weitere Gruppe von Staaten hat eine subsidiäre Staatshaftung eingeführt. Es sind dies: Elsaß-Lothringen,[3]) Reuß ä. L.,[4]) Sachsen-Weimar,[5]) Schwarzburg-Sondershausen[6]) und Hessen.[7]) — Die beiden letztgenannten Staaten enthalten, wie gleich vorweggenommen sei, Sonderbestimmungen für die Gvz. So schließt Hessen in Art. 79 a. a. O. die Staatshaftung, welche generell als subsidiäre festgesetzt ist, ausdrücklich aus „bei Handlungen von Beamten, welche ausschließlich auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind, insbesondere bei Handlungen von Notaren und Gerichtsvollziehern." Es haftet also in Hessen der Gvz. der Partei wie Dritten für Versehen allein nach dem in § 4 Gesagten. — Schwarzburg-Sondershausen dagegen bestimmt in Art. 18 § 3 a. a. O.: „Die Haftpflicht des Staates gemäß § 1 erstreckt sich auch auf die das Gvz.-Amt wahrnehmenden Personen, jedoch im Einzelfall nicht über den Betrag von 300 Mk. hinaus." Bei solcher Begrenzung der

---

[1]) AG. z. BGB. v. 18. 4. 99 Art. 32 Abs. 1.
[2]) AV. v. 9. 4. 99 § 49 Abs. 1 u. § 48 Abs. 1.
[3]) AG. z. BGB. v. 17. 4. 99 § 40 Abs. 1.
[4]) AG. z. BGB. v. 26. 10. 99 § 69 Abs. 1.
[5]) AG. z. BGB. v. 5. 4. 99 § 91 Abs. 1.
[6]) AG. z. BGB. v. 19. 7. 99 Art. 19 § 1.
[7]) AG. z. BGB. v. 17. 7. 99 Art. 78 Abs. 1.

Haftpflicht erleidet der Geschädigte unter Umständen einen Ausfall. — Bis zu jenem Betrag (300 Mk.) haftet in Schwarzburg-Sondershausen, und bis zu jedem Betrag, also unbeschränkt, haftet in den anderen oben[1]) genannten Staaten der Staat „in gleicher Weise wie der Beamte", aber nur subsidiär, d. h. „soweit der Ersatz von diesem nicht zu erlangen ist". „Der Staat hat dabei die rechtliche Stellung eines Bürgen."[2]) Er kann daher insbesondere gemäß § 771 BGB. „die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage)". Es findet aber auch § 773 BGB. Anwendung, so daß also in vielen Fällen die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen sein wird; insbesondere kann der Geschädigte sich sofort an den Staat halten, „wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird".[3]) — Bemerkenswert ist die ausdrückliche Bezugnahme auf § 839, wie sie in mehreren der in Frage stehenden Staaten mit subsidiärer Staatshaftung sich findet; sie bestätigt unsere früheren[4]) Ausführungen über den Zusammenhang zwischen Art. 77 u. § 839. Daraus folgt, daß die staatliche Haftung nach Art und Umfang, insbesondere hinsichtlich ihrer Voraussetzungen sich nach der Haftung des Beamten selbst richtet. Wir können in dieser Beziehung also auf § 4 verweisen. Da insbesondere der Gvz. nach den dortigen Ausführungen[5]) dem Gläubiger nur als Vertragsschuldner, nicht auch als Beamter haftet, so ist auch für eine staatliche Haftung für Versehen der Gvz.,

---

[1]) S. 45.
[2]) vgl. §§ 765 ff. BGB.
[3]) vgl. § 773 Abs. 1 Ziff. 4 BGB.
[4]) vgl. oben S. 37 a. E.
[5]) S. 18 ff., 20.

die dieser dem Gläubiger gegenüber nach § 276 zu vertreten hat, kein Raum. Dies muß überall gelten, wo die Haftung des Staates sich anlehnt an die Haftung des Beamten selbst. Eine staatliche Haftung für dem Auftraggeber versehentlich zugefügte Schäden kann also nur eintreten, wo sie besonders angeordnet ist.[1]) Grundsätzlich besteht die Staatshaftung nur für dem Schuldner oder Dritten zugefügte Schäden, für die der Gvz. selbst nach § 839 haftet. Haftet der Gvz. nicht als Beamter, nicht nach § 839, sondern wie ein Nichtbeamter nach den §§ 823 ff., dann kann, wo die Ausführungsgesetze auf die Beamtenhaftpflicht Bezug nehmen, auch von einer staatlichen Haftung keine Rede sein. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Gvz. nicht „in Ausübung", sondern nur „bei Gelegenheit der Ausübung" seines Amtes unerlaubt handelt.[2])

Eine letzte Gruppe von Staaten endlich hat eine primäre Haftung des Staates angenommen. So: Bayern,[3]) Württemberg,[4]) Baden,[5]) Sachsen-Koburg-Gotha,[6]) Reuß j. L.[8]) Mit ganz geringen Änderungen kehrt bei allen die charakteristische Wendung wieder: „Verletzt ein Beamter des Staates . . . in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft dem Dritten gegenüber die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat."

Hier finden wir aufs neue[9]) in eklatanter Weise be-

[1]) So in Bayern; vgl. darüber weiter unten S. 48.
[2]) vgl. oben S. 21, 37 f.
[3]) AG. z. BGB. v. 9. 6. 1899 Art. 60 Abs. 1.
[4]) AG. z. BGB. v. 28. 7. 1899 Art. 201 Abs. 1.
[5]) AG. z. BGB. v. 17. 6. 1899 Art. 5 Abs. 1.
[7]) AG. z. BGB. v. 20. 11. 1899 Art. 18 § 1 Abs. 1.
[8]) AG. z. BGB. v. 10. 8. 1899 § 48 Abs. 1.
[9]) vgl. S. 45.

stätigt, was wir oben [1]) über das Verhältnis von Art. 77 zu § 839 BGB. ausführten. Wortwörtlich lehnen sich die Bestimmungen der Ausführungsgesetze der genannten Staaten an § 839 BGB. an, der noch meist selbst erwähnt wird. Auch hier begründen nur die „in Ausübung" der öffentlichen Gewalt vorgenommenen Handlungen die Staatshaftung; deshalb haftet der Gvz. für die bloß „bei Gelegenheit" der Amtsausübung erfolgten Schädigungen selbst und allein.[2])

Im übrigen wird — wie aus dem Wortlaut klar hervorgeht — die Haftung des Staates durch den Begriffsinhalt der dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht,[3]) wie überhaupt durch § 839 begrenzt. Die Einschränkungen, die sich aus § 839 Abs. 1 Satz 2 [4]) und Abs. 3 [5]) ergeben, finden auf die Haftung des Staates ebenfalls Anwendung. Wie alle anderen Voraussetzungen des § 839 verlangt werden, so wird auch ausdrücklich ein schuldhaftes [6]) Handeln des Gvz. gefordert. Die Ausführungsgesetzgebung unterscheidet sich dadurch in besonderer Weise von der in §§ 89 resp. 31 normierten Staatshaftung, die durch jede zum Schadenersatz verpflichtende Handlung — auch wenn die Verpflichtung ohne Verschulden eintritt (wie in den Fällen der §§ 231, 904 BGB.) — begründet wird.[7])

Wenn der Gvz. nach § 827 unverantwortlich ist, dann haftet in der Regel und im Prinzip auch der Staat nicht.

---

[1]) S. 37.
[2]) vgl. S. 46, 37 f., 21.
[3]) vgl. oben S. 22 f.
[4]) vgl. oben S. 27 f.
[5]) vgl. oben S. 41.
[6]) vgl. oben S. 23 ff.
[7]) Neumann a. a. O. Note II, 2b zu § 31; Achilles a. a. O. Note 5 zu § 31.

Darüber hinaus gehen Bayern[1]) und Württemberg,[2]) indem sie auch für den Fall der Unverantwortlichkeit des Beamten aus dem Grunde des § 827 die staatliche Haftung statuieren.

Wie schon[3]) dargelegt, kommt als Folge unserer Auffassung, die die Konkurrenz von Delikts- und Vertragsanspruch leugnet,[4]) die Staatshaftung für Versehen des Gvz. dem Gläubiger gegenüber nicht in Betracht, weil eben der Gvz. dem Gläubiger nur aus dem Vertrage haftet.[5]) — In dieser Hinsicht enthält das bayer. AG. z. BGB. in Art. 60 Abs. 1 Satz 2 eine sehr interessante Vorschrift: ausdrücklich ist dort bestimmt, daß die prinzipale Haftung, wie sie in Satz 1 a. a. O. generell angeordnet ist, „bei den Amtsgeschäften der Gvz. auch gilt für die Verletzungen der Pflichten gegenüber dem Auftraggeber". — Nach der Auffassung derer,[6]) die die Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsanspruch zulassen, und ebenso nach der Ansicht derer,[7]) die das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen Gvz. und Gläubiger leugnen, ist der Zusatz überflüssig; für uns erscheint er als eine grobe Inkonsequenz, als eine theoretisch zwar unzulässige, praktisch aber doch vielleicht recht brauchbare Erweiterung[8]) der Haftung des Staates für Gvz.

---

[1]) Art. 61 Abs. 1 a. a. O.
[2]) Art. 202 Abs. 2 a. a. O.
[3]) S. 45 f.
[4]) vgl. oben S. 18 ff.
[5]) vgl. oben S. 20.
[6]) z. B. Rottmann a. a. O. 41 f.
[7]) z. B. Rothschild a. a. O. 125 f.
[8]) So z. B. auch Reiner a. a. O. 29.

§ 9.

Die landesrechtlichen Ausführungsgesetze, welche nach Maßgabe des Art. 77 EG. zum BGB. den Staat für den durch seine Beamten zugefügten Schaden im Umkreis aller amtlichen Handlungen, die nicht sind Handlungen fiskalischer Vertretung, haftbar gemacht haben, haben wohl den Zweck verfolgt, die bislang so bestrittene Materie durchgreifend zu regeln. Allein, wie man aus der vorstehenden Charakterisierung der einzelstaatlichen Gesetzgebung ersieht, es ist nicht nur kein gemeines, nicht einmal ein gemeinsames Recht geschaffen. Noch manche Lücken und Unsicherheiten sind geblieben, und die krasse Ungleichheit der Regelung in den einzelnen Bundesstaaten erzeugt zweifellos einen mißlichen Rechtszustand, angesichts dessen es nur zu bedauern ist, daß die ganze Materie der Staatshaftung nicht reichsrechtlich geordnet worden ist, wie dies in § 12 GBO. für die — allerdings auch am meisten gefährdeten — Grundbuchbeamten geschehen ist. Dringend wünschenswert aber wäre es, daß wenigstens möglichst viele Landesgesetzgebungen auf Grund des Art. 77 EG. zum BGB. den Gegenstand genau regelten — und zwar in der Weise, wie es von den meisten Schriftstellern[1]) gefordert wird: durch Statuierung einer primären Haftung, etwa nach dem Vorbild Bayerns. Nur diese Art der Haftung dient gleichmäßig den Interessen aller Beteiligten: Der Geschädigte erhält einen sichern und leicht zu verfolgenden Ersatzanspruch; die unbilligen Härten, die die subsidiäre Staatshaftung für den Beamten in sich schließt, werden

[1]) vgl. Delius a. a. O. 10, insbesondere sein Gesetzesvorschlag in der DJZ. 1904 S. 532 f.; Haffner a. a. O. 102; Hüffener a. a. O. 49; Klewitz a. a. O. 110 ff. u. a.

durch die primäre Form der Haftung beseitigt; es wird die Berufsfreudigkeit der Beamten gesteigert, unsichere und ängstliche Amtsführung vermindert und so auch dem staatlichen Interesse gedient, zumal bei sachgemäßer Regelung des Regresses die Schärfe des Verantwortlichkeitsgefühls sicher nicht leidet. — Endlich entspricht es auch einem natürlichen Billigkeitsgefühl und der autoritativen Stellung des Staates, daß er die Haftung für seine Beamten übernimmt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.